Schulung für die civilistische Praxis

von

Adolf Stölzel.

Zweiter Theil.

Berlin, 1897.
Verlag von Franz Vahlen.
W., Mohrenstraße 13/14.

Preis: Gebunden M. 7,—.

Schulung
für die civilistische Praxis

von

Adolf Stölzel.

Zweiter Theil.

Berlin, 1897.
Verlag von Franz Vahlen.
W., Mohrenstraße 13/14.

Zur
Lehre von der Eventualaufrechnung.

Was die Deutlichkeit betrifft, so hat der Leser ein Recht, zuerst die discursive (logische) Deutlichkeit durch Begriffe, dann aber auch eine intuitive (ästhetische) Deutlichkeit durch Anschauungen, d. i. Beispiele oder andre Erläuterungen in concreto zu fodern.

Kant (Kritik der reinen Vernunft, Vorrede zur 1. Aufl.).

Vorwort.

Diese Schrift ist aus meiner amtlichen Thätigkeit ebenso von selbst erwachsen, wie ihre unter dem nämlichen Titel erschienene Vorgängerin. Beide behandeln verschiedene für die gerichtliche Praxis besonders wichtige und grundlegende Fragen. Während die frühere Arbeit im Wesentlichen eine wortgetreue Wiedergabe der in einer öffentlichen Vorlesung gehaltenen Vorträge war und auf Grund dieser Vorträge entstand, ist umgekehrt die gegenwärtige Arbeit in der Form, in welcher sie jetzt vor die Oeffentlichkeit tritt, zunächst schriftlich niedergelegt, dann aber im vergangenen Semester für eine mit praktischen Uebungen verbundene öffentliche Vorlesung nutzbar gemacht worden. Die behandelten Fragen, die sich sämmtlich um die eine Frage gruppiren, wie bei illiquider Klag- und liquider Gegenforderung zu verfahren sei, erheischten eine gründlichere wissenschaftliche Erörterung, als sie sich in einer öffentlichen Vorlesung geben ließ. Auch war es geboten, auf die in Theorie und Praxis hervorgetretenen abweichenden Ansichten näher einzugehen, als es auf dem Katheder geschehen kann.

Allerdings geht bei dieser Art der Behandlung eines Stoffes die Frische verloren, welche dem gesprochenen Worte in seiner stenographischen Wiedergabe eignet. Anfängern, die sich in die frühere Schrift hineingelesen haben und sie als Vorstudium benutzen, wird aber hoffentlich das Verständniß auch dieser Schrift nicht schwer fallen.

Das beigegebene zweite Titelblatt: „Zur Lehre von der Eventualaufrechnung" soll alsbald anzeigen, daß die unter Bestreiten der Hauptforderung erklärte Aufrechnung den Kern der Erörterung bildet.

Da auch diese Schrift wesentlich zur Einführung unserer juristischen Jugend in die civilistische Rechtsprechung dienen soll, so ist mit Rücksicht auf den angedeuteten Zweck, der eine besonders konkrete Veranschaulichung erwünscht sein läßt, möglichste Deutlichkeit und

Ausführlichkeit in der Darstellung erstrebt worden. Auch halten sich deshalb die sämmtlichen Erörterungen an die Besprechung eines Einzelfalles. Dieser Fall mit der verschiedenartigen Entscheidung, die er gefunden, und mit der verschiedenartigen Begründung der Entscheidung ist unter I des Beilageheftes mitgetheilt; er bildet gewissermaßen den Rahmen, innerhalb dessen sich unsere Untersuchung bewegt. Auf den richtigen Weg sollen dann die im Laufe der Darstellung eingestreuten anderweiten Fälle hinführen. Sie wurden in der Vorlesung als Aufgaben für schriftliche Bearbeitung vertheilt, soweit sie dazu sich eigneten. Diese Aufgaben sind in den Nummern II bis XII des Beilageheftes enthalten. Es war der Zuhörer Aufgabe, sich die Fehler, welche in den Druckblättern auftauchen, klar zu machen. Dem Abdruck der Druckblätter ist der Abdruck einiger zum Druckblatte I gelieferten Arbeiten beigefügt. Worauf die Auswahl gerade dieser Arbeiten beruht, ergiebt das Schlußkapitel.

Kaum eine andere Lehre als die der Kompensation bietet so schroffe Gegensätze zwischen dem, was die Theorie verficht, und dem was die Praxis befolgt. Seit das Reichsgericht und die Schöpfer des Bürgerlichen Gesetzbuchs Stellung zu den Hauptstreitfragen genommen haben, ist die Wagschale sehr zu Gunsten der in der Praxis vertretenen Auffassung gesunken. Damit zeigt sich gerade hier, wie Theorie und Praxis leider bei uns immer noch durch eine starke Scheidewand getrennt sind. Je mehr diese Scheidewand niedergerissen wird, um so besser für die Entwicklung unseres wissenschaftlichen, wie unseres praktischen Lebens. Welche Fülle von Zweifeln dem mit wissenschaftlichen Sinne seinen Aufgaben sich hingebenden Praktiker entgegentreten, ohne daß ihn die vorhandene Literatur genügend in's Klare setzt, ahnen schwerlich diejenigen, welche, auf rein theoretische Studien sich beschränkend, jede nähere Berücksichtigung der Praxis für entbehrlich halten. Und doch gäbe es für die Theorie kaum eine dankenswerthere Aufgabe als die, unserer Praxis überall mit der Leuchte der Wissenschaft die richtigen Wege zu weisen.

Berlin, im September 1897.

A. Stölzel.

Inhalts-Uebersicht.

Einleitung (S. 1—13).

Erstes Buch: Prozessualische Grundlagen (S. 14—46).

Beilageheft (S. 250—305).

Einleitung.

A. erhebt gegen B. Klage auf Rückzahlung eines gekündigten Darlehns von 100; B. bestreitet unter Eidesannahme den Darlehnsempfang und erklärt: „übrigens berufe ich mich auch noch darauf, daß mir A. 100 aus Kauf schuldet; ich bitte um Klagabweisung.“ A. erkennt die Gegenforderung als richtig an. Das Gericht verkündet als Urtheil:

„Der Beklagte hat folgenden Eid zu leisten:

ich schwöre 2c., ich habe vom Kläger ein Darlehn von 100 nicht erhalten,

im Falle der Leistung wie der Nichtleistung des Eides wird der Kläger kostenfällig abgewiesen.“

Wie? Der Kläger soll kostenfällig abgewiesen werden, mag der Beklagte schwören, oder mag er nicht schwören? Weshalb dann der Eid? Und wodurch rechtfertigt es sich, auch wenn der Beklagte den auferlegten Eid **nicht** leistet, also der Kläger den von ihm verlangten Beweis erbringt, den Kläger zur Tragung der Prozeßkosten, namentlich der des Beweisverfahrens zu verurtheilen?

Manche halten gleichwohl ein solches Urtheil für richtig und den bestehenden Prozeßgesetzen entsprechend. Andere nehmen an einem derartigen Urtheil zwar gerechten Anstoß, aber, was sie an die Stelle zu setzen versuchen, ist schwerlich besser; sie wollen erkennen:

„Der Beklagte hat folgenden Eid zu leisten:

ich schwöre 2c., ich habe vom Kläger ein Darlehn von 100 nicht erhalten,

im Falle der Leistung des Eides wird der Kläger mit seiner Klage wegen Mißlingen des ihm obliegenden Beweises kostenfällig abgewiesen, im Falle der Nichtleistung des Eides wird der Kläger auf Grund der vom Beklagten erhobenen Kompensationseinrede kostenfällig abgewiesen.“

Dies zweite Urtheil ist ebenso prozeßwidrig und ebenso materiell unrichtig wie das erste. Es unterscheidet sich auch sachlich nicht vom

ersten Urtheile, hängt ihm vielmehr durch ungerechtfertigte Einfügung der Entscheidungsgründe in die Urtheilsformel nur einen Mantel um. Incidit in Scyllam, qui vult vitare Charybdin!

Dennoch ist entweder das erste Erkenntniß oder das zweite die unleugbar nothwendige Konsequenz der Annahme, daß bei streitiger Hauptforderung, aber unstreitiger kompensabler Gegenforderung eine Beweisaufnahme über die Existenz der Hauptforderung und — gleichviel welches Resultat die Beweisaufnahme habe — die Klagabweisung geboten sei.

Eine solche Konsequenz müßte schon für sich allein das Bedenken erregen, ob in der That die Annahme zutrifft, daß die Beweisaufnahme unerläßlich sei. Nur weil die Meisten, die für diesen Satz eintreten, ihn nicht bis zu seiner äußersten Konsequenz verfolgt haben, mögen sie überhaupt dahin gelangt sein, sich für die Nothwendigkeit einer Beweisaufnahme auszusprechen.

Theorieen, deren praktische Anwendung in ihrer letzten Spitze dahin führt, daß Erkenntnisse in die Erscheinung treten, wie sie Eingangs gekennzeichnet sind, müssen irgendwo an einem Fehler leiden; sie sind ungesund.

Der Zweck der nachfolgenden Bogen ist, diesen Fehler klarzulegen und den Beweis zu liefern, daß ohne Schwierigkeit mit andern Mitteln ein nach jeder Richtung hin korrektes und befriedigendes Resultat erzielbar ist. Die Führung solchen Beweises bedarf allerdings eines Eingehens auf eine Reihe grundlegender Fragen, eines tieferen Eingehens, als bisher von Denen für nöthig befunden ist, die sich über Fälle des Gegenüberstehens von streitiger Haupt- und unstreitiger Gegenforderung ausgesprochen haben.

Gerade in dem Mangel dieses tieferen Eingehens dürfte der Grund zu suchen sein, weshalb unrichtige Bahnen eingeschlagen sind.

Solange es Geld und Geldforderungen giebt, muß es auch eine Aufrechnung gegenseitiger Forderungen gegeben haben. Ein Rechtszustand ist kaum denkbar, in welchem es unstatthaft gewesen wäre, die reelle Zahlung durch eine ideelle Zahlung zu ersetzen, die darin besteht, daß ich meinen Gläubiger mit einer mir gegen ihn zustehenden Forderung befriedige. Es kann nie Rechtens gewesen sein, daß ich — selbst Gläubiger meines Gläubigers — um letzteren zu befriedigen,

baar Geld hätte aufzählen und daß dieses Geld oder gleichviel anderes Geld mein Gläubiger mir hätte zurückzahlen müssen, um mich in demselben Augenblicke zu befriedigen. Die Aufrechnung, die ich vornehme, indem ich meinem Gläubiger (der gleichzeitig mein Schuldner ist) erkläre, aufrechnen zu wollen, bedeutet nichts Anderes, als daß ich ihn darauf verweise, er möge sich bezahlt machen mit dem Gelde, das er mir zu zahlen habe. Ich entgegne auf seine Forderung von 100: „Du selbst schuldest mir 100; du bist also Jemand, der verpflichtet ist, aus seiner Tasche 100 in meine Tasche überzuführen; ich verzichte auf den Anspruch, den ich auf Realisirung dieser Verpflichtung habe[1]) und weise dich an, die nunmehr in deiner Tasche verbleibenden 100 als Zahlung derjenigen 100 zu betrachten, welche ich dir schulde." Oder anders ausgedrückt; ich sage zu meinem Schuldner: „zähle die mir geschuldeten 100 auf deinen Tisch und streiche sie für dich ein; dann bist du wegen der von mir geschuldeten 100 bezahlt." Qui compense, paye, sagt die französische Jurisprudenz: die Aufrechnung ist eine Zahlung, und zwar eine Zahlung mit einer Forderung, die der Gegner als Zahlung annehmen muß, weil er selbst der Schuldner der Forderung ist, eine Zahlung mit des Gegners eignem Gelde. „In compensatione creditor retento eo, quod debet, sibi ipse solvit."[2])

Nichts Anderes sagt bereits Donell, wenn er ausführt:

„nihil interest, utrum numerem creditori meo pecuniam, an vero meam, quae apud eum est, aut quam possum ab eo exigere, patiar apud eum esse tanquam numeratam liberandi mei gratia, atque id fit in compensatione, dum pecuniam mihi a creditore invicem debitam volo apud eum manere eum liberans pensationis et solutionis causa, quo ab ea obligatione, qua illi teneor, vicissim liberer.[3]) Quare haec pensatio tanquam numeratio merito pro solutione habenda est. Merum id est verum ac sincerum jus compensationis."[4])

---

[1]) Plenarbeschluß des Preuß. Obertribunals vom 8. April 1839 (Entsch. Bd. 4 S. 209): „Der Verklagte macht, indem er eine Gegenforderung aufgiebt, eine darin liegende Zahlung als Schuldner gegen den Gläubiger geltend, um durch sie die Forderung des letztern als berichtigt nachzuweisen."

[2]) Puffendorff, observatio 175 § II.

[3]) cf. auch l. 15 D. d. reb. cred. (12,1) Schlußsatz.

[4]) Comment. d. jure civ. lib. XVI. cap. 15 de comp. (in der Frankf. Ausg. des Gentilis von 1626 pag. 919).

Auch wußte schon Bartolus, daß die compensatio nichts Anderes als eine imaginaria solutio sei, und schon Baldus antwortete auf die Frage, weshalb man die compensatio eingeführt habe: quia frustra fit per plura, quod potest fieri per pauciora.[1])

Denselben Gedanken in moderner Sprache drückte das Preußische Obertribunal[2]) dahin aus:

„Was bei der Zahlung durch Geld bewirkt wird, geschieht bei der Kompensation durch eine Forderung; denn die Kompensation ist ihrem Wesen nach nichts weiter als die fingirte Bezahlung zweier Forderungen durch einander,"

und der Redaktor des Rechtes der Schuldverhältnisse im deutschen bürgerlichen Gesetzbuche dahin:

„Das Bestehen auf gegenseitiger Erfüllung hätte lediglich das Hin- und Herbewegen der gleichartigen Schuldobjekte zur Folge; wo . . . jeder der beiden Schuldner und Gläubiger durch das Behalten dasselbe erreicht, wie durch Leistung und Empfang der gleichen Leistung, gewährt das Recht jedem der beiden . . . die Befugniß, unter gleichzeitiger Erklärung des eigenen gleichen Befriedigtseins den andern auf die eigentlich schon in seinem Vermögen befindliche Leistung zu verweisen." [3])

Daß sich der Gegner eine solche imaginäre Zahlung gefallen zu lassen braucht, ist nur natürlich. Das Geld ist lediglich Tauschmittel. Versetzen wir uns in die Zeit, als es noch nicht im Gebrauche war, so verschaffte sich damals z. B. derjenige, der ein Stück Vieh über Bedarf besaß, aber nach einem Kleide Bedarf hatte, dadurch ein Kleid, daß er das Stück Vieh gegen das Kleid, welches ein Anderer abzugeben in der Lage war, vertauschte. Heutzutage verkauft er sein Vieh und kauft mit dem erhaltenen Kaufgeld das Kleid. Ist aber derjenige, dem er das Vieh verkauft, der nämliche, der ihm das Kleid verkauft, so bedarf es — sofern die beiden Objekte gleichwerthig — zwischen ihnen nicht des Geldes als Tauschmittel. Wenn gleichwohl der, der sein Vieh oder der, der sein Kleid verkauft hat, von seinem Mitkontrahenten Geld fordert, so ist dieser in der Lage, die Geldzahlung als für solchen Fall überflüssig zu

[1]) Ad lib. IV Cod. de compens. l. 14.

[2]) Entscheid. Bd. 54 S. 126 (1865).

[3]) v. Kübel, Begründung des Rechtes der Schuldverhältnisse, Abschn. I Tit. 5. II. Erlöschung der Schuldverh. Aufrechnung §§ 1, 2, 4, 6, S. 1.

verweigern und zu erklären: „zwischen uns bedarf es des künstlichen und umständlichen Mittels doppelter Zahlung nicht; wir haben zwar einen wechselseitigen Kauf abgeschlossen, aber dieser Doppelkauf bedeutet, solange von keiner Seite gezahlt ist, wirthschaftlich und rechtlich dasselbe wie ein Tausch; für Verhältnisse dieser Art ist die Geldzahlung etwas Unnützes; ich berufe mich darauf, daß wir zwei Gegenstände, die wir für gleichwerthig erklärten, unter einander ausgewechselt haben; deshalb hat weder mein Gegner von mir, noch habe ich von ihm Geld zu fordern, wir sind quitt."

Warum sollte es hierzu einer Zustimmung des Gegners bedürfen?

Ebensowenig bedarf es einer solchen Zustimmung, wenn man den Umweg geht und die Aufrechnungserklärung vom Standpunkte einer Zahlung betrachtet, die der Kompensant ideell mit des Gegners eignem Gelde leistet. Dem Kompensaten muß sein eignes Geld, auf das ihn der Kompensant anweist, ebenso zur Befriedigung genügen, wie das ihm etwa vom Kompensanten gezahlte, ja es muß ihm sogar noch lieber sein als as letztere; denn das eigene Geld kann ihm Niemand abstreiten, wohl aber möglicherweise das fremde. Darauf scheint die gegenwärtig kaum noch bekannte deutsche Rechtsparömie zu beruhen: „abrechnen ist gut bezahlen" oder „Abschlag ist gute Bezahlung", wie sie 1739 von Carrach in seiner Doktordissertation[1]) und 1714 von G. T. Pistor an der Spitze seines „Teutsch-Juristischen Sprichwörterschatzes" bezeugt wird.[2])

Freilich können sich bei der Aufrechnung Streitfragen ergeben. Auch bei der Zahlung sind sie möglich, man denke nur an die Fälle der Zahlung bei gegenüberstehenden mehrfachen Forderungen. Hier entscheidet der übereinstimmende Wille der Betheiligten, also ihr Vertrag, oder es entscheidet das Gesetz. Bei der Aufrechnung mehrt sich die Möglichkeit des Streites dadurch, daß naturgemäß besondere Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Aufrechnung bestehen. Die beiden Forderungen müssen fällig und aufrechenbar sein.

---

[1]) De praecipuis differentiis juris romani et germanici in compensatione. Halae.

[2]) Pistor bemerkt dabei, daß „Abschlag" hier in der Bedeutung von abrechnen, compensare stehe, nicht in der von Theilzahlung. Vergl. auch v. Kreitmayr, Anm. über den Cod. Maxim. bavar. civ. 4. Thl. München 1821, S. 689.

Ob diese Voraussetzungen vorliegen, hierüber hat im Streitfalle der Richter zu entscheiden. Daraus folgt aber keineswegs, daß der Richter es sei, welcher die Aufrechnung vollziehe, und nicht die Partei. Auch wenn der Richter darüber entscheidet, ob eine geleistete Zahlung auf die Forderung a oder auf die Forderung b anzurechnen sei, vollzieht nicht der Richter die Zahlung, sondern es wird von dem Richter nur darüber befunden, ob nach den bestehenden Rechtsgrundsätzen die von der Partei geschehene Zahlung auf die eine oder auf die andere Forderung als geschehen zu gelten habe. Die Aufrechnung darf daher ebenso wie die Zahlung, wenn sie in gesetzlich statthafter Weise erfolgt, nicht vom Gegner zurückgewiesen werden, sie wirkt, obwohl sie einseitig geschieht, gleich der Zahlung.

Der Umstand, daß die Zahlung ein reeller, die Aufrechnung ein nur ideeller Akt ist, erschwert die Beantwortung der Frage, ob in der Zahlung ein Vertrag liege. Denn „gezahlt" ist dem Gläubiger lediglich dann, wenn der Gläubiger annimmt; lehnt er die Annahme ab und nimmt in Folge dessen etwa der Schuldner das aufgezählte Geld wieder zurück, so liegt selbstverständlich keine Zahlung vor. Es fragt sich aber, ob in diesem Falle die „Zahlung" deshalb als nicht erfolgt anzusehen ist, weil der Vertragsakt der Zahlung nicht zu Stande kam, oder weil der einseitige Akt der Zahlung vom Zahlenden rückgängig gemacht wurde: wer das Geld zwar aufzählt und dann auf eine Erklärung des Gegners hin wieder einstreicht, hat sicher nicht gezahlt, er hat nur einen vergeblichen Versuch gemacht zu zahlen, und dieser Versuch wird vom Rechte verständiger Weise der Zahlung nicht gleichgeachtet.

Bei der Aufrechnung liegt vermöge ihres rein ideellen Charakters die Sache anders. Hier ist es möglich, eine „Annahme" für überflüssig zu erklären und in dem Aufrechnungsakte ein rein einseitiges Rechtsgeschäft zu sehen. Vollzog sich die Aufrechnung dadurch, daß beim Vorhandensein ihrer gesetzlichen Voraussetzungen der Kompensant seinen Aufrechnungswillen dem Kompensaten erklärt, so ist die Zustimmungserklärung des letztern nur erheblich, damit ein Kompensationsvertrag zu Stande kommt, der jeden künftigen Streit über die Statthaftigkeit der Kompensation in concreto ausschließt. Nur diese Bedeutung hat der Kompensationsvertrag gegensätzlich zur einseitigen Kompensation. Ohne die Zustimmungserklärung, ja selbst gegen den Widerspruch des Kompensaten ist aber die Aufrechnung

durch den blos einseitig erklärten Kompensationswillen des Kompensanten vollzogen, sofern im demnächstigen Streitfalle der Kompensant das Vorhandensein der Voraussetzungen zulässiger Kompensation darthut.

Angesichts der Einfachheit, Natürlichkeit und Häufigkeit des von Altersher gebräuchlichen Geschäftes der Aufrechnung sollte man glauben, dies Geschäft müsse auch unter einfachen Rechtsregeln stehen, längst müsse in Theorie und Praxis ausgetragen sein, wie, wo, wann man aufrechnen könne. Und doch streiten wir Juristen noch heute nicht blos darüber, ob der Richter oder die Partei aufrechne, sondern wir streiten ebenso darüber, ob die Aufrechnung nur im Prozesse oder ob sie auch außerhalb desselben möglich, ob sie ein einseitiges oder ob sie ein zweiseitiges Geschäft sei, ob sie vom Momente ihrer Erklärung oder ob sie rückwärts vom Momente des ersten Gegenüberstehens der beiden Forderungen wirke. Ueber das „compensatio fit ipso jure" sind Bücher geschrieben. Die Regel „compensatio compensationis non datur" bereitet noch heute die größten Schwierigkeiten. Was das Erforderniß der Liquidität bedeutet, ist noch heute nicht außer Zweifel.

Ziehen wir nun gar neben dem gemeinen und dem preußischen Rechte das rheinisch-französische Recht mit seiner compensation legale, judiciaire und conventionelle heran, so wird das Wirrsal noch erheblich größer. Es gereicht der Jurisprudenz unserer Tage wenig zum Ruhm, daß sie auf einem so überaus praktischen Gebiete nichts als Streitfragen zu erzeugen vermocht hat. Und welche reichlichen Streitfragen sind in Betreff des Kompensationsverfahrens noch hinzugekommen, seit die C.P.O. in der anerkennenswerthesten Weise bestrebt gewesen ist, die bestehenden Streitfragen zu mindern? Ueberall bellum omnium contra omnes!

Diese Blätter sollen nicht unternehmen, in die eben angedeuteten Streitfragen einzutreten und die Versuche ihrer Lösung um einen neuen Versuch zu bereichern. Sie sind aus einem anderen Bedürfniß hervorgegangen, nämlich aus dem — leider nicht wegzuleugnenden — Bedürfniß, die bestehenden Streitfragen um eine neue zu vermehren. Das mag wunderbar erscheinen, es wird aber erklärlich werden, wenn jenes Bedürfniß ein recht fühlbares praktisches Bedürfniß ist, d. h. wenn sich darthun läßt, daß eine wichtige Frage in der Kompensationslehre theoretisch — freilich einmüthig — so

beantwortet wird, daß sich vom praktischen Standpunkte aus dagegen schwere Bedenken ergeben. Diese Frage liegt wesentlich auf prozessualischem Gebiete. Sie lautet:

Wie ist zu verfahren, wenn die Klagforderung streitig, die einredeweise eventuell zur Aufrechnung gebrachte Gegenforderung aber unstreitig ist? Ist ohne Beweisauflage klagabweisend zu erkennen? Oder ist eine Beweisauflage über das Bestehen der Klagforderung geboten? Oder ist überhaupt die Frage mit der Beantwortung der einen dieser beiden Alternativen nicht zu erledigen?

Diejenigen, die sich in der Wissenschaft hierüber ausgesprochen haben, sind der Sache wenig auf den Grund gegangen, sie Alle aber haben — soviel bekannt — eine Beweisauflage über das Bestehen der Klagforderung für unerläßlich erklärt.[1])

Hier soll eine andere Meinung verfochten werden. Der Verfasser lebt seit Jahren der festen Ueberzeugung, daß die Meinung, es sei bei streitiger Hauptforderung und unstreitiger Kompensationseinrede nach dem Muster des Eingangs mitgetheilten Beispieles zu verfahren, einer eingehenden Prüfung nicht Stand hält und auf schadenbringende Irrwege führt. Der Meinung hingegen, welche hier vertheidigt werden soll, steht in ihren Grundlagen der — wenn auch nicht öffentlich laut gewordene — Ausspruch mehr als eines Juristen zur Seite, der in Wissenschaft wie Praxis einen ersten Platz einnimmt, auch fehlt es nicht in der Rechtsprechung an mannichfacher Unterstützung. Auf den letztern Umstand darf Gewicht gelegt werden, weil bei einer solchen Frage, wie sie den Gegenstand unserer Erörterung bilden soll, gerichtliche Erkenntnisse bestimmter Richtung, auch wenn sie nur sporadisch vorkommen, als Bethätigung eines in der Praxis zum Durchbruch gelangenden Rechtsgefühls gelten können, das ungeachtet des von Seiten der Theorie — vielleicht sogar allgemein — erhobenen Widerspruchs auf den richtigen Weg führt.

Die nach Obigem in der Kompensationslehre sonst schwebenden Streitpunkte sollen hier bei Seite gelassen werden. Der Verfasser stellt sich von vornherein auf die Seite der in der gemeinrechtlichen, wie preußischrechtlichen Theorie und Praxis herrschenden Lehre, nach

---

[1]) Eine Darstellung der in der Rechtsprechung kundgegebenen Ansichten s. unter I des Beilageheftes.

welcher die Kompensation nicht ein richterlicher, sondern ein Parteiakt ist, ein Parteiakt, der — mit Rückbeziehung auf die Zeit des gleichzeitigen Nebeneinanderbestehens der beiden Forderungen — sowohl mittels Vertrags als mittels einseitiger dem Gegner gegenüber erfolgender Erklärung vorgenommen werden kann, und zwar ebenso wirksam außerhalb eines Prozesses, wie innerhalb eines solchen. Nur diese Auffassung entspricht den Bedürfnissen des Lebens und der Sache. Wenn angesehene Rechtslehrer wie Windscheid u. A.[1]) dem entgegen aussprechen: „der Schuldner kann nicht den Kompensationsvertrag durch eine einseitige Erklärung ersetzen; deswegen darf auch nicht der Gläubiger seinerseits sich auf die einseitige Kompensationserklärung des Schuldners berufen", so können sie sich dabei nicht der Wahrnehmung verschließen, daß „in der Praxis die entgegengesetzte Meinung sehr verbreitet sei", auch wird sich schwerlich je die Praxis durch solche Lehre beirren lassen; es dürfte kaum irgend ein gerichtliches Urtheil nachweisbar sein, in welchem eine auf des Schuldners einseitig erklärte Kompensation gestützte Einrede als unbegründet verworfen oder gar dem Gläubiger das Recht abgesprochen wäre, sich auf eine solche einseitige Kompensations-Erklärung seines Schuldners zu berufen. Man lese neben Windscheid weiter die künstlichen Deduktionen, mit denen z. B. Brinz darthun will,[2]) daß es im römischen Rechte nur eine vertragsmäßige außergerichtliche Kompensation gegeben habe. Der betreffende Abschnitt beginnt fast mit denselben Worten, die wir an die Spitze dieses Abschnittes gestellt haben.[3]) „So lange als es fungible Sachen giebt und zwei einander ein Quantum derselben von gleicher Art schuldig und zu geben bereit waren, so lange mußte die Kompensation außer Gericht vorkommen. Mancher Ernst des alten Rechts ist uns heute unverständlich; aber in diesem Falle hin und her zu schleppen statt liegen zu lassen, wäre in allen Zeiten lächerlich gewesen. Die das

[1]) Windscheid, Bd. 2, § 349 Note 15 (7. Aufl. S. 295). Siehe auch Schwanert, Komp. S. 252. Oetker, Konkursrechtl. Grundbegriffe I S. 233 („die einseitige Komp.-Erklärung wirkt wie eine Zahlungsofferte, aber sie vollzieht nicht, wie in der Praxis vielfach angenommen wird, die Komp. Die gegentheilige Anschauung ist im § 492 des sächs. B.G.B. sanktionirt und liegt der Doktrin und Praxis des preußischen Rechts zu Grunde." Blos des preußischen?)

[2]) Lehre von der Kompensation. Leipzig 1849. S. 132 f.

[3]) Siehe oben Seite 2 a. E.

öfter als einmal gethan hätten, würden uns kein Recht hinterlassen haben, das ein Werk gemeiner Vernunft heißen kann."

Gleichwohl soll es zum Vollzuge der außergerichtlichen Aufrechnung eines „liberatorischen Realvertrags" bedurft haben, und es soll auch der Satz, daß außergerichtlich einseitig aufgerechnet werde, „niemals in das praktische Leben recht eingedrungen sein können (sic!), sonst wäre das Erforderniß der Liquidität längst überwunden; würde einseitig kompensirt, so müßte man sich über den Anwalt wundern, der nicht noch vor der Streiteinlassung dem Gegner seines Klienten die betreffende Notifikation zufertigt und dann vor Gericht behauptet, es sei kompensirt."

Dem ist entgegenzuhalten, daß das Erforderniß der Liquidität für jede Kompensationseinrede besteht, einerlei, ob sie sich auf eine außergerichtliche oder eine erst im Prozesse erklärte Kompensation gründet; also auch derjenige, der vor der Litiskontestation seinen Kompensationswillen erklärt, siegt im Prozesse mit seiner Kompensationseinrede nur dann, wenn die Kompensationsforderung im Prozesse liquid ist. Wie verständig und natürlich klingt gegen die Ausführungen von Brinz, Windscheid u. A., was Sintenis[1]) über diesen Punkt lehrt, wenn er sagt: „Ohne Uebereinkunft tritt die Kompensation ein, sobald sie der eine Gläubiger . . . zur Anwendung gebracht wissen will, d. h. . . . die Aufrechnung verlangt, (vorausgesetzt, daß das Verlangen gegründet ist)".

Zum Glück wird hier das bürgerliche Gesetzbuch demnächst allem unfruchtbaren Streiten ein Ende machen. Die Motive[2]) erkennen ohne alles Bedenken die einseitige Aufrechnung als Tilgungsmodus an, und demgemäß bestimmt das Gesetz:[3])

> „Schulden zwei Personen einander Leistungen . . ., so kann jeder Theil seine Forderung gegen die Forderung des andern Theils aufrechnen, sobald er die ihm gebührende Leistung fordern und die ihm obliegende Leistung bewirken kann. Die Aufrechnung erfolgt durch Erklärung dem anderen Theile gegenüber".

Das ist das in der Praxis des gemeinen Rechts und des preußischen Rechts[4]) längst zum Durchbruch gelangte Prinzip.[5])

---

[1]) Prakt. Gem. Civilr. 3. Aufl. Bd. 2 S. 424.

[2]) Bd. II S. 106, 107.

[3]) B.G.B. §§ 387, 388 (Entw. I § 281; Entw. II § 331).

[4]) Obwohl das A.L.R. I. 16 § 300 in der Kompensation eine gegen-

Eine Einrede, welche sich auf eine im Prozesse stattfindende Aufrechnung stützt, ist uns also nicht eine Einrede, mittels deren der Beklagte bittet, der Richter möge die von ihm (dem Beklagten) geltendgemachte Kompensation durch das Urtheil vollziehen und auf Grund der solchergestalt richterlich vollzogenen Kompensation die Klage abweisen, sondern jene Einrede ist uns eine Einrede, die sich

---

seitige Anrechnung dessen sieht, „was einer dem andern schuldig ist". Bezeichnender Weise ist unter der „gegenseitigen" Anrechnung stets eine einseitige, wenn nur dem Gegner gegenüber erfolgte Anrechnung verstanden. Schon im Jahre 1839 stellte das Berliner Obertribuual fest (Entsch. B. 4 S. 208): „Die Komp. erfordert keinen Vertrag ... Jeder der beiden Gläubiger kann einseitig gegen den andern abrechnen; macht einer gegen den andern von diesem Rechte Gebrauch, so tritt mit der erklärten Abrechnung die Komp. wirksam ein. Die Abrechnung äußert sich als Tilgung einer Schuld." Vergl. auch Koch, Komm. zu § 300 I. 16. Eccius, Pr.Priv.R. Bd. 1 (7. Aufl.) S. 594.

[5]) Während einer zwanzigjährigen Praxis im Gebiete des gem. Rechts ist mir nie eine andere Meinung begegnet. Interessant ist, daß in einer — nach Abschluß dieser Schrift erschienenen — Monographie („Die Aufrechnung von Dr. Franz Leonhard," Göttingen 1896, 215 S.) mit Geschick der Beweis unternommen wird, daß der Standpunkt des B.G.B. bereits der des altrömischen Rechtes sei. So wirft bereits das B.G.B. seine Strahlen rückwärts in die Vergangenheit. „Daß zwei Schuldner sich dieselbe Summe hin- und herzahlten, muß zu allen Zeiten lächerlich geschienen haben" (Leonhard S. 9. Vergl. dazu oben S. 2. 9). „Einen Kompensationsvertrag hat es in Rom überhaupt nicht gegeben" (Leonhard S. 12). „Der Richter kann nicht selbst aufrechnen (das. S. 21); er kann nur über eine vollzogene Aufrechnung erkennen" (S. 129). — Fast auf dem gegentheiligen Standpunkt steht die noch neuere Schrift von O. Geib, a. o. Prof. in Tübingen, Theorie der gerichtlichen Kompensation. Sie legt, wie schon der Titel andeutet, den Schwerpunkt darauf, daß das gerichtliche Urtheil die Kompensation vollziehe. Die Schrift enthält — in Uebereinstimmung mit früheren tüchtigen Aufsätzen Geib's — Vieles, was mit unserer Auffassung zusammentrifft, in der Hauptsache aber gehen wir weit auseinander; nach Geib ist die außergerichtliche, wie die im Prozeß erfolgende einseitige Kompensationserklärung nichts als ein Kompensationsangebot (wie eine Zahlungsofferte), auf die der Kompensat nicht einzugehen braucht; fährt aber bei Weigerung der Annahme des Angebots der Kompensant fort anzubieten, so macht er sich hierdurch (wie der Zahlungsofferent durch Hinterlegung) von der Klagforderung der Art frei, daß zwar deren Untergang nicht durch die fortgesetzte Bereitschaft zur Kompensation, aber doch durch das richterliche Urtheil eintritt. Diese neue Theorie erscheint indeß so gekünstelt und so wenig dem Parteiwillen entsprechend, daß sie schwerlich Anhänger finden dürfte. Glücklicherweise ist sie ohne praktischen Werth seit dem § 388 B.G.B. Darüber, wie bei illiquider Klagforderung und liquider Gegenforderung zu verfahren sei, spricht sich Geib mit Bestimmtheit nicht aus (vergl. S. 22, 78, 317).

der Beklagte durch die seinerseits im Prozesse erklärte und damit seinerseits vollzogene Kompensation erzeugt, und die deshalb wie jede Einrede, besonders auch wie jede solche Kompensationseinrede, die sich auf eine außerhalb des Prozesses stattgefundene Aufrechnung stützt, lediglich die Klagabweisung zum Ziele hat. Die Kompensationseinrede ist uns ein Schutzmittel, kein Angriffsmittel.[1]) Der Schutz wird gesucht gegen das auf Verurtheilung zur Zahlung gerichtete Begehren des Klägers; bezeichnet der Richter dies Begehren auf Grund der Kompensationseinrede als ungerechtfertigt, so hat die Kompensationseinrede ihr Ziel erreicht. Darauf, daß die Gegenforderung definitiv zur Aufrechnung verwendet und darauf, daß vom Richter entschieden werde, ob eine solche Verwendung stattgefunden habe, d. h. ob die Gegenforderung getilgt oder nicht getilgt sei, kommt es demjenigen, der eine Einrede auf die Gegenforderung stützt, nicht an. Käme es ihm darauf an, so müßte er zugleich als angreifender Theil auftreten; er müßte Widerklage erheben.

Anders ausgedrückt: Wer auf Grund einer Gegenforderung lediglich um den Ausspruch bittet, daß er dem Kläger zu zahlen nicht schuldig sei, verlangt nicht seinerseits etwa vom Richter eine Verwandlung des gegnerischerseits erhobenen Prozesses, der allein auf Verurtheilung des Beklagten zur Zahlung gerichtet ist, in einen Aufrechnungsprozeß, sondern er verlangt allein den Ausspruch des Richters, daß des Klägers Zahlungsbegehren unbegründet ist; dabei benutzt er die auf Grund seiner Gegenforderung von ihm einseitig definitiv oder eventuell erklärte Aufrechnung als eine einredebegründende Thatsache, aus welcher die Nothwendigkeit der Zurückweisung des erhobenen Zahlungsanspruchs folgen soll. Mit der hiervon abweichenden Auffassung, daß die Einrede der Kompensation den Antrag auf Verurtheilung zur Leistung desjenigen Theils der Gegenforderung enthalte, der zur Tilgung der Klagforderung nöthig ist,[2]) und daß die Kompensation nur durch Vertrag oder durch

---

[1]) Es wird sich zeigen, daß das Reichsgericht auf diesem Standpunkt steht; im Wesentlichen auch Petersen in der Ztschr. für Civ.Proz. Bd. 1, S. 97, 98 (1879), Bd. 4, S. 296, 297 (1882) und Geib Arch. f. civ. Pr. Bd. 85 S. 161 ff. Ztschr. für deutschen C.Pr. Bd. 22 S. 527 f.

[2]) So Planck, Lehrb. d. deutschen Civ.Pr.R. Bd. 1 (1887) S. 263. Lippmann, Ztschr. f. Civ.Pr. Bd. 13 S. 100 (1889). Wach, Vorträge über die ReichsC.P.O. 2. Aufl. (1896) S. 138, 140, 1. Aufl. (1879) S. 104, 105, 106.

Richterspruch erfolgen könne, hängt wesentlich die Antwort zusammen, die auf die hier zur Erörterung gestellte Spezialfrage gegeben zu werden pflegt. Es bleibt abzuwarten, ob nicht diese Antwort selbst in den Augen derer, die sie gegeben haben, eine Aenderung durch die zitirte Vorschrift des B.G.B.[1]) erfährt. Jedenfalls wird durch das B.G.B. die von uns vertretene Ansicht erheblich gestützt.

Einer der Grundpfeiler alles Nachfolgenden ist daher: Wer sich im Prozesse einredeweise auf eine kompensable Gegenforderung beruft, stellt seinerseits keinen Antrag auf Zuerkennung der Gegenforderung und auf richterliche Aufrechnung, sondern er wehrt lediglich den Klagantrag ab und benutzt seine Gegenforderung lediglich so weit, als sie nach dem Gange des Prozesses sich nöthig erweist, um den Klagantrag als unbegründet erscheinen zu lassen.

---

[1]) Oben Seite 10.

Erstes Buch.
Prozessualische Grundlagen.

§ 1. Parteianträge.

Jeder Civilrechtsstreit ist eine Fragstellung an den Richter, und jeder Civilrechtsstreit will eine Fragebeantwortung durch den Richter. Handelt es sich um eine Geldzahlung, z. B. um Zahlung von 100 Mk., so lautet die Frage des Klägers: hat der Beklagte mir 100 Mk. zu zahlen? Der Kläger ist der Meinung, daß die Frage zu bejahen sei, der Beklagte will die Frage regelmäßig verneint haben. Mit Formulirung der Frage des Klägers beginnt der Prozeß, mit Formulirung der Antwort des Richters endet er: Klagbitte und Urtheilsformel sind die beiden Endpunkte, zwischen denen sich der Prozeß zu bewegen hat. Anfangs- und Endpunkt stehen zu einander in Korrelation. Denn der Prozeß ist nur dann korrekt geführt, wenn die Antwort genau auf die gestellte Frage paßt: die Urtheilsformel muß sich mit der Klagbitte decken, die Urtheilsformel muß die Klagbitte erschöpfen. Damit die Urtheilsformel der Klagbitte überhaupt entsprechen kann, bedarf die Klagbitte einer Fassung, die dem Rechte gemäß ist; man kann im Prozesse nur das erbitten, was das Recht dem Kläger auf Grund der von ihm vorgebrachten Thatsachen zu bitten gestattet. Darum ist die richtige Fassung der Klagbitte eine Hauptsache im Prozesse; eine unrichtig gefaßte Klagbitte läuft die Gefahr abgewiesen zu werden; dem Kläger, der sie stellt, droht der Prozeßverlust. Um die Abweisung unrichtig gestellter Klagbitten zu vermeiden, darf und soll der Richter im Laufe des Prozesses auf die Verbesserung der Klagbitte möglichst hinwirken; das ist aber immer ein prekäres Flickwerk; der Kläger bringt viel sicherer seinen Prozeß in das richtige Geleis, wenn er aus eigener Initiative eine klare, bestimmte, in den Rechten gegebene Klagbitte stellt. Haben wir auch heutzutage keine formulae actionum mehr,

keine Normen, aus deren Wortlaut sich die Fassung der Klagbitten ergiebt, so kommt es doch darauf an, daß dem Richter klar entgegengebracht wird, was die Partei will; dabei ist die Form der Willenserklärung gleichgültig; ihr Inhalt ist das Maßgebende. Nach alter Uebung und im Geiste der C.P.O.[1]) pflegt der Parteiantrag getrennt vom übrigen Vorbringen der Partei gehalten und entweder an den Anfang oder an den Schluß des Parteivorbringens gestellt zu werden. Es empfiehlt sich, davon nicht abzugehen.

Der Anwalt, der eine Klagbitte niederschreibt, thäte auch gegenwärtig sehr wohl, sich bei jedem Worte der Klagbitte zu fragen: giebt das Recht dem Kläger gerade diesen Anspruch, den ich hier niederschreibe? darf ich die Frage, die ich in diesem Prozesse an den Richter stelle, so, wie geschehen, formuliren? Leider wird recht wenig dem entsprechend verfahren. In der heutigen Praxis wimmelt es von unbrauchbaren Klagbitten,[2]) und die Folge ist, daß der Prozeß auf falsche Wege geräth, daß der Richter sich abmühen muß zu ergründen, was für eine (rechtlich statthafte) Frage (an Stelle der in Wirklichkeit vorliegenden unstatthaften) der Kläger vorlegen will. Ein nicht scharf prüfender Richter läßt sich dann auch wohl verleiten, seine in der Urtheilsformel zu gebende Antwort der inkorrekt formulirten Klagbitte anzupassen: er fällt auf die inkorrekte Klagbitte hin ein inkorrektes Urtheil. So erklärt es sich, daß uns fast soviel inkorrekte Urtheile, wie inkorrekte Klagbitten begegnen. Man denke nur an die — meist sinnlosen — Verurtheilungen, nach welchen der Beklagte „anzuerkennen" hat, daß er schuldig sei zu zahlen, oder „anzuerkennen", daß dem Kläger irgendwelches Recht zustehe, als hätte der Schuldner eine Verpflichtung zur „Anerkennung" seiner Schuld oder des gegnerischen Rechtes irgendwo anders, als wo das Gesetz eine solche Verpflichtung ausspricht. Nur in wenigen Fällen liegt ein solcher Ausspruch des Gesetzes vor; der Vater ist verpflichtet, sein Kind anzuerkennen, der Aussteller einer Urkunde ist verpflichtet, deren Echtheit anzuerkennen[3]) und dergleichen mehr;[4]) seine Schulden ist der Schuldner wohl verpflichtet zu bezahlen, nicht aber sie „anzu-

[1]) Vergl. § 230 C.P.O.

[2]) Am meisten im Gebiet des ehedem französischen Rechtes.

[3]) Vergl. § 231 C.P.O.

[4]) z. B. § 371 B.G.B. (Pflicht des Gläubigers zur Ausstellung eines Anerkenntnisses der Schuldtilgung bei verlorenem Schuldschein).

erkennen",[1]) ebensowenig ist der unbefugte Störer fremden Eigenthums verpflichtet, die Freiheit des gegnerischen Eigenthums anzuerkennen, sondern er ist verpflichtet, die Eigenthumsstörung zu beseitigen, und daneben ist der Richter verpflichtet, das Eigenthum des Klägers anzuerkennen, d. h. durch sein Urtheil festzustellen. Nur Begriffsunklarheit hat dahin geführt, die in Einzelfällen gesetzlich statuirte Anerkennungspflicht einerseits des Beklagten, andrerseits des Richters grundlos und unüberlegt umzuwandeln in eine allgemeine Anerkennungspflicht des Beklagten. In neun Fällen von zehn sind die in der Praxis uns begegnenden Klagbitten, den Beklagten zur Anerkennung zu verurtheilen, fehlerhafte Klagbitten.[2])

Ebenso unstatthaft ist es, wenn der Richter einzelne Theile der Klagbitte, weil sie keine gesetzliche Grundlage haben, einfach in der Urtheilsformel mit Stillschweigen übergehen oder wenn er sich darauf beschränken wollte, sie lediglich in den Entscheidungsgründen als unbegründet hinzustellen. Eine solche Urtheilsformel wäre unvollständig; sie erschöpft die Klagbitte nicht; vergleicht man Urtheil und Klagbitte, so läßt das Urtheil einzelne Stücke der Klagbitte unerledigt, es läßt sie in der Luft schweben, und das ist inkorrekt: kein Theil der in der Klagbitte gestellten Frage darf ohne Antwort bleiben, sei es, daß die Antwort abweisend oder zusprechend, verneinend oder bejahend lautet. Gerade die ausdrückliche Verwerfung unstatthafter Theile der Klagbitte, möglicherweise verbunden mit theilweiser Verurtheilung des Klägers in die Kosten, ist das geeignete Mittel, in Parteien und Anwälten das Bestreben wach zu erhalten oder zu erwecken, ordnungsmäßige Klagbitten zu formuliren.

Welchen durchschlagenden Werth die C.P.O. einerseits auf die Stellung bestimmter Anträge, andererseits auf deren Fassung legt, ergiebt sich aus den Vorschriften, daß in den Schriftsätzen die Anträge enthalten sein sollen, welche die Partei in der Gerichtssitzung zu stellen beabsichtigt (§ 121 Nr. 2), daß die Erhebung der Klage nur durch Zustellung eines solchen Schriftsatzes erfolgen kann, der einen bestimmten Antrag stellt (§ 230 Abs. 2 Nr. 2), und daß in

---

[1]) Vergl. unten 3. Buch Abschnitt 1 über die Zahlung (§§ 11 bis 14). Auch K. Meyer, Anspruch und Rechtskr. 1896 S. 40.

[2]) Beispiele mangelhafter Klagbitten s. unter II des Beilageheftes. Die Nr. 4 daselbst legt dar, welche Schwierigkeiten solche Klagbitten dem Gerichte bereiten.

der mündlichen Verhandlung die Anträge gestellt, auch bei landgerichtlichen Sachen aus den vorbereitenden Schriftsätzen oder aus einem dem Protokolle beizufügenden Schriftsatz verlesen werden müssen (§§ 128, 269 C.P.O.).

Es ist streitig geworden, ob das Erforderniß, daß die Parteianträge bestimmt seien, der Stellung eventueller Klaganträge entgegenstehe. Auf das Nähere dieses Streites braucht hier nicht eingegangen zu werden; es genügt, festzustellen, daß mindestens in gewissem Umfange solche eventuellen Anträge zulässig sind. Sie haben die Bedeutung, daß vom Richter erst nach Erledigung des prinzipalen Antrags der eventuelle in Betracht gezogen werden darf; denn das bestimmt die Partei durch die Art ihrer Antragsstellung als Ziel ihres Klagvorbringens; daran kann der Richter nichts ändern; er kann nicht etwa, wenn es ihm zweckmäßig erscheint, den eventuellen Klagantrag zum prinzipalen und den prinzipalen zum eventuellen machen. Weil der Richter überhaupt an den Klagantrag der Partei gebunden ist, ist er auch daran gebunden, welchen von mehreren Klaganträgen der Partei er zuerst beantworten soll. Fordert die Partei principaliter aus einem Kaufvertrag ein Pferd, eventualiter ihr Interesse, so ist zunächst die Frage zu beantworten, ob der Kläger das Recht hat, ein Pferd zu fordern.[1])

Giebt aber der Klagantrag oder die Klagformel das Ziel an, das der Kläger in der Urtheilsformel zu erreichen hofft, so muß die Urtheilsformel der Klagformel nicht blos insoweit entsprechen, als sie die Klagformel zu erschöpfen hat, sondern auch insoweit, als sie nicht über die Klagformel und ihr Ziel hinausgehen darf (ne judex eat ultra petitum partium!). Daraus folgt der wichtige Satz, daß vom Richter nichts anderes zuzuerkennen und nichts anderes abzuerkennen ist, als was innerhalb der Parteianträge liegt.

Um den Richter in die Lage zu setzen zu beurtheilen, ob die Klagbitte gerechtfertigt oder nicht gerechtfertigt ist, haben die Parteien dem Richter das nöthige thatsächliche Material zu bringen; über das thatsächliche Material haben also die Parteien das Verfügungsrecht, die Disposition. Damit haben sie zugleich die Disposition darüber, was sie vom thatsächlichen Material gegenseitig sich ein-

---

[1]) Wesentlich zu unterscheiden von eventuellen Anträgen sind eventuelle Begründungen desselben Antrags. Dazu vergl. besonders den folg. Abschnitt.

räumen, was sie bestreiten wollen. Anders liegt es bezüglich des rechtlichen Materials. Das rechtliche Material, welches für die vom Richter zu beantwortende Klagbitte in Frage kommt, steht zu alleiniger Disposition des Richters: jura novit curia! Das bedeutet: keine Partei hat die Verpflichtung, dem Richter diejenigen rechtlichen Gesichtspunkte zu entwickeln, welche zur Stütze ihrer Anträge dienen; freilich hat sie das Recht, solche Gesichtspunkte geltend zu machen, und dies empfiehlt sich für sie, weil der Richter dadurch vielleicht vor rechtlichen Fehlgriffen bewahrt bleibt, aber es kann der Partei nach unserm Prozesse regelmäßig nicht zum Versäumniß angerechnet werden, wenn sie von jeglicher Geltendmachung rechtlicher Gesichtspunkte absieht. Daraus folgt zugleich, daß durch Geltendmachung solcher Gesichtspunkte nicht die Partei ein Recht erlangen kann, dem Prozesse seinen Gang vorzuschreiben, daß sie nicht über bestimmte rechtliche Gesichtspunkte eine Entscheidung des Richters fordern und nicht über andere von ihr etwa nicht geltendgemachte rechtliche Gesichtspunkte, eine Entscheidung des Richters ausschließen kann. Der Kläger, der seine Klagbitte auf einen konkreten Rechtssatz stützt, kann den Richter nicht etwa dadurch nöthigen, sich über diesen Rechtssatz und über seine Anwendbarkeit im vorgelegten Falle auszusprechen. Findet der Richter, daß ein anderer Rechtssatz die Klage begründet, so hat er auf Grund dieses anderen Rechtssatzes seine Urtheilsformel zu sprechen; den vom Kläger geltendgemachten Rechtssatz darf er gänzlich bei Seite lassen. Ebenso ist der Kläger, der auf verschiedene Rechtssätze seine Klagbitte stützt, nicht befugt, dem Richter vorzuschreiben, daß derselbe die vorgebrachten Rechtssätze überhaupt oder gar, daß er sie in der Reihenfolge prüft, in welcher sie vorgebracht sind.

Die Verschiedenheit der Stellung des Richters gegenüber eventuellen Parteianträgen und gegenüber eventuellen Begründungen desselben Antrags kann nicht scharf genug erfaßt und festgehalten werden. Mag der Kläger noch sovielmal „eventuell“ und „höchsteventuell“ zwischen die einzelnen Rechtssätze schieben — der Richter ist nach freier Entschließung befugt, den am eventuellsten geltendgemachten Rechtssatz in erster Linie heranzuziehen und, wenn dieser die Klagbitte rechtfertigt, mit Uebergehung aller anderen geltendgemachten Rechtssätze die Klage zuzusprechen. Wer aus einem Mandate, „eventuell“ aus einer Geschäftsführung 100 fordert, hat

keineswegs ein Recht darauf, daß der Richter zunächst untersucht, ob ein Mandat vorliegt, und daß der Richter erst, wenn er diese Frage verneint, prüft, ob eine Geschäftsführung anzunehmen ist. Vielmehr darf der Richter, ja, unter Umständen muß er sogar die Geschäftsführung vorweg nehmen und das Mandat ununtersucht lassen. Dies „muß“ tritt ein, wenn z. B. die den Klagantrag rechtfertigenden Thatsachen, welche das Mandat darlegen, streitig, die den Klagantrag rechtfertigenden Thatsachen, welche die Geschäftsführung darlegen, unstreitig sind.

Damit sind wir auf den für die ganze nachfolgende Untersuchung maßgebenden Prozeßgrundsatz geführt, daß die Endentscheidung zu fällen ist, sobald die Möglichkeit dazu vorliegt. Es bedarf der näheren Erörterung dieses Satzes.

§ 2. Reife des Prozesses zur Endentscheidung. (§ 272 C.P.O.) (300)

Eine durch den Zweck des Prozesses von selbst gegebene Pflicht des Richters ist es, seine Antwort auf die in der Klagbitte gestellte Frage in dem frühsten Prozeßstadium zu geben, in welchem er sie geben kann. Der Prozeß ist nicht dazu da, um über Doktorfragen zu entscheiden, und alles das sind für den konkreten Rechsstreit Doktorfragen, ohne deren Entscheidung die richterliche Antwort auf die Klagbitte möglich ist. Nur über erhebliche Thatsachen ist Beweis zu erfordern. Wie könnte z. B. für den vorhin unterstellten Prozeß, d. h. für die Frage, ob der Beklagte 100 zu zahlen hat, der Beweis des streitigen Mandatsverhältnisses erheblich sein, wenn ohne diesen Beweis bereits für den Richter feststeht, daß der Beklagte die 100 — und zwar aus Geschäftsführung — zu zahlen hat? Der Beweis, mag er als Zeugen-, als Urkunden- oder Eidesbeweis gedacht sein, hätte nur einen Sinn, wenn der Kläger befugt wäre, die von ihm geltendgemachten Rechtsgründe zum Austrage zu bringen; um der zur Urtheilsformel hinführenden Rechtsgründe halber werden aber keine Beweise geführt und keine Eide geschworen.

Darum ist es ein naturgemäßer Satz jedes vernünftigen Prozesses: sobald endlich erkannt werden kann, muß endlich erkannt werden. Zu allem Ueberflusse bestimmt dies unsere Civilprozeßordnung ausdrücklich in § 272:

„Ist der Rechtsstreit zur Endentscheidung“ (d. h. zur definitiven

Beantwortung der in der Klagbitte gestellten Frage) „reif, so hat das Gericht dieselbe durch Endurtheil zu treffen.“

Auch wenn das nicht in der C.P.O. stünde, wäre es Rechtens; es ist eine aus dem Ziele der Prozeßführung überhaupt mit logischer Nothwendigkeit abzuleitende Regel.

Die einfachste Erledigung des Rechtsstreites ist daher, wenn der Beklagte auf den Angriff des Klägers erklärt, er erkenne diesen Angriff als berechtigt an, oder wenn der Kläger auf die Vertheidigung des Beklagten erklärt, er gebe mit Rücksicht auf diese Vertheidigung zu, daß er nichts mehr zu fordern habe. In einem wie im anderen Falle ist der Prozeß zum Endurtheil reif; von einer Weiterführung des Prozesses, etwa durch Einleitung eines Beweisverfahrens, kann keine Rede sein. Die zu fällende Endentscheidung des Prozesses kann im ersteren Falle nur in der Zusprechung, im letzteren Falle nur in der Abweisung der Klagforderung bestehen: das Ziel des Prozesses ist erreicht (§§ 278. 277 C.P.O.).

Alles, was die Parteien im Prozesse vorbringen, ist nur Mittel zum Zwecke, es soll dienen, den gestellten Antrag zu rechtfertigen; ohne Antrag ist das Vorbringen bedeutungslos, aber es ist auch bedeutungslos, soweit es nicht zur Rechtfertigung des Antrags nöthig ist; dieses nöthige Material herauszusuchen, ist Sache des Richters. Immer hat sich der Richter auf den Standpunkt zu stellen, der mit den einfachsten Mitteln der Partei zu ihrem Ziele verhilft und insofern für die Partei der günstigste ist. Darum ist es auch Sache des Richters, von mehreren denselben Antrag stützenden mit „eventuell“ eingeführten Gründen, nach seinem Ermessen den durchschlagenden herauszugreifen.

Der Satz, daß über die rechtliche Seite des Prozesses ausschließlich der Richter die Disposition hat, im Vereine mit dem anderen Satze, daß über Rechtsgründe nicht Prozeß geführt wird, oder, anders ausgedrückt, daß endlich zu erkennen ist, sobald endlich erkannt werden kann, findet naturgemäß seine Anwendung nicht blos, soweit der Angriff des Klägers, sondern, auch soweit die Vertheidigung des Beklagten in Frage steht. Auch für den Beklagten hat der Richter die ihm günstigste, d. h. die ihn zunächst zu seinem Ziele der Klagabweisung führende Position in den Vordergrund zu stellen.

Der Beklagte erstrebt nämlich in der Regel die Klagabweisung. Dies Ziel kann er zu erreichen versuchen durch Rechtsdeduktionen,

durch Bestreiten der gegnerischen Behauptungen und durch Einreden. Ob er alle diese seine Vertheidigungsmittel neben einander oder ob er nur einzelne von ihnen geltend machen will, ist Sache seiner freien Entschließung. Er kann auch verschiedene Rechtsdeduktionen, ebenso wie verschiedene Einreden häufen, und seinem Leugnen kann er einen größeren oder geringeren Umfang geben. Bringt er verschiedene Rechtsgründe vor, aus denen sich seiner Meinung nach die Nothwendigkeit der Klagabweisung ergiebt, so bedeutet das im Sinne des Beklagten, der Richter möge aus dem einen oder dem anderen Grunde die Klage abweisen; die verschiedenen Gründe stehen also von selbst in einem alternativen Verhältnisse; es gilt von ihnen dasselbe, was für verschiedene zur Stütze des Klagantrags vorgebrachte Gründe gilt; nicht alle zusammen sollen, sondern es soll der eine oder andere von ihnen die Klagabweisung herbeiführen. Der Richter hat sich also nach seinem Ermessen den Grund auszuwählen, mit welchem er die Klagabweisung in seinem Urtheile rechtfertigen zu können glaubt. Dem Beklagten muß es genügen, wenn aus einem der von ihm vorgebrachten Gründe die Klagabweisung erfolgt, gleichviel aus welchem. Und findet der Richter, daß die Klagabweisung sich aus einem vom Beklagten nicht geltendgemachten Grunde rechtfertigt, so hat der Richter aus diesem Grunde abzuweisen. Ebenso steht es in des Richters Ermessen von mehreren seiner Meinung nach durchschlagenden, zur Entscheidung reifen Einreden des Beklagten diejenige auszuwählen, mit welcher er sein auf Klagabweisung gerichtetes Urtheil stützen will. Dabei denken wir nur an materielle Einreden, nicht an prozeßhindernde, z. B. die der Gerichtsunzuständigkeit, der Unzulässigkeit des Rechtswegs, der mangelnden Prozeßfähigkeit 2c., wie sie in § 247 C.P.O. aufgezählt werden. Solche die Prozeßvoraussetzungen betreffende Einreden gehen ihren eignen Weg: ein Beklagter, der sich darauf beruft, er wohne nicht im Gerichtsbezirke, die auf die Annahme seines Wohnsitzes in diesem Bezirke sich stützende Klage müsse also abgewiesen werden, soll verlangen können, daß über diese Einrede vorweg entschieden werde; eine solche Einrede hindert dann demgemäß vorläufig den weiteren Eintritt in die materiellen Fragen des Prozesses; es ergeht ein Urtheil — möglicherweise nach stattgehabter Beweiserhebung —, ob die Einrede begründet oder nicht begründet ist, und letzteren Falles folgt jenem Urtheil noch ein zweites Urtheil in dem nämlichen Pro=

zesse nach. Abgesehen von diesen aus sehr naheliegenden Gründen von der Prozeßordnung besonders ausgezeichneten Einreden gilt für alle anderen Einreden der Satz, daß es auch hier gleichgültig ist, in welcher Reihenfolge der Beklagte sie vorbringt und ob er zwischen die einzelnen Einreden ein „eventuell“ oder „höchsteventuell“ einschiebt. Das Wort eventuell ist überhaupt wegen seiner Vieldeutigkeit, also wegen seiner Unklarheit ein übles Wort, im Prozesse wie anderwärts. Unsere ganze Untersuchung dreht sich um die Bedeutung dieses Wortes in Fällen der Kompensationseinrede. Jede Einrede ist in gewissem Sinne eventuell vorgebracht, das heißt, jeder Beklagte geht mit Recht davon aus, daß es auf seine einredlichen Vertheidigungsmittel erst „eventuell“ ankommt, nämlich für den Fall, daß der klägerische Angriff durch die vorgebrachten Thatsachen — abgesehen von der Frage, ob sie auf Wahrheit beruhen — an sich genügend begründet ist. Verneint der Richter diese Begründung, so kommt es überhaupt nicht zur Prüfung der Frage, ob die Einredethatsachen beweisbedürftig oder ob sie bewiesen sind, mag sie der Beklagte als „eventuell“ geltendgemachte bezeichnet oder mag er dies nicht gethan haben. Bei derartigem „eventuellen“ Vorbringen einer Einrede bedeutet also das Wort „eventuell“ im Munde des Beklagten: „wenn die Klage nach den behaupteten Thatsachen als begründet angenommen werden sollte.“ In diesem Sinne hat das Wort „eventuell“ zwar der Sache nach Berechtigung. Gleichwohl ist es auch hier überflüssig; denn, selbst wenn es fehlte, würde der Richter die rechtliche Begründung der Einrede nicht vor der rechtlichen Begründung der Klage prüfen.

Das eventuelle Vorbringen einer Einrede kann aber im Munde des Beklagten noch etwas Anderes bedeuten. Es kann bedeuten: die Einrede solle nur als vorgebracht gelten, „wenn der Kläger die behaupteten, zur Klagbegründung genügenden, aber geleugneten Thatsachen beweisen sollte“. Auch in diesem Sinne ist das Wort „eventuell“ überflüssig und für den Gang des Prozesses bedeutungslos. Wer die klagbegründenden Thatsachen leugnet und dann Einreden vorbringt, will diese Einreden selbstverständlich nur für den Fall in's Feld führen, daß der Kläger den Beweis der geleugneten Thatsachen führt. Dieser Wille des Beklagten kann aber dem Richter keinerlei Direktive für sein Handeln geben. Findet der

Richter, daß die Erhebung eines Beweises über die geleugneten Klagethatsachen unnütz ist, weil eine in ihrer thatsächlichen Grundlage unstreitige Einrede des Beklagten demselben zum Siege verhilft, so hat er diese Einrede heranzuziehen und ohne Beweiserhebung klagabweisend zu erkennen, mag der Beklagte noch so viel und noch so deutlich erklärt haben, daß er von seiner Einrede erst nach geführtem Klagbeweise Gebrauch gemacht wissen wolle. Wünsche des Beklagten, darauf gerichtet, es möge vom Kläger dieser oder jener Beweis verlangt und erst je nach dessen Ausfall eine vorgeschützte Einrede in Betracht gezogen werden, dürfen im Prozesse keine Berücksichtigung finden; sie greifen in die allein dem Richter überwiesene Domäne der rechtlichen Beurtheilung über; was zum Gegenstande eines Beweises gemacht werden soll, was nicht, darüber hat die Partei keinerlei Disposition; darüber entscheiden höhere Prozeßrücksichten, nicht das Begehren der Parteien. Wenn neben den Klagthatsachen auch die Einredethatsachen streitig sind, dann kommt es allerdings zu der vom Beklagten in seinem „eventuellen" Vorbringen der Einrede gewünschtem Beweise über die Klagethatsachen. Aber gleichzeitig — nicht etwa erst nach erbrachtem Klagbeweise — ist über die Einredethatsachen Beweiserhebung anzuordnen.

Stehen zwei Einreden in Frage, deren jede der Richter für erheblich und deshalb beim Leugnen des Klägers in ihrer thatsächlichen Grundlage für beweisbedürftig hält, so hat er ebenso über beide Einreden gleichzeitig Beweiserhebung zu beschließen (er müßte denn in Gemäßheit des § 137 C.P.O. die Verhandlung auf eine der Einreden beschränkt haben). Freilich wird — bei nicht beschränkter Verhandlung — häufig so verfahren, daß der Richter zunächst über die Klage oder über eine von mehreren Einreden Beweis erhebt, und wenn er den Beweis für mißlungen oder seinem Resultate nach für zweifelhaft hält, zu einem neuen Beweisbeschlusse und zu weiterer Beweiserhebung schreitet, aber billigenswerth ist ein solches Verfahren nach den eben entwickelten Grundsätzen nicht.

Ist von mehreren zum Beweisgegenstand gemachten Einreden die eine nach Ansicht des Richters früher liquid als die andere, so hat auf Grund der liquiden Einrede Klagabweisung zu erfolgen; auf die Liquidstellung der anderen Einreden kommt nichts weiter an; das noch nicht zum Abschluß gelangte Beweisverfahren über dieselben unterbleibt, einerlei, in welcher Reihenfolge oder „Even-

tualität" der Beklagte seine Einreden vorgebracht hat. Es wäre ein Verstoß gegen § 272, wenn bei etwaigem Zugeständniß der „eventuell" erhobenen zweiten Einrede der Richter über die streitige Grundlage der an prinzipaler Stelle erhobenen ersten Einrede Beweis erheben wollte. Selbst wenn sich die Parteien vertragsmäßig über eine solche Beweiserhebung einigten, hätte der Richter eine solche Einiguug unberücksichtigt zu lassen.[1]) Mag der Beklagte für sich allein, oder mögen beide Parteien übereinstimmend erklären, die zweitvorgebrachte Einrede solle nicht eher zur Wirksamkeit kommen, bis festgestellt sei, daß die erstvorgebrachte Einrede oder ein anderes Vertheidigungsmittel des Beklagten nicht durchdringe — für den Richter darf eine solche Erklärung nicht in Betracht kommen. Wollte er ihr entsprechen, so entstände dadurch ein prozeßwidriges Verfahren, eine ungerechtfertigte Theilung des Streitstoffes, ein Prozeß mit zwei Endurtheilen. Denn zunächst käme es unter Umständen zu einer Beweisverhandlung über die erste Einrede, dann käme es zu einer Entscheidung über das Resultat dieser Beweisaufnahme, und es müßte, wenn die Bedingung mißlungenen Beweises eingetreten wäre, zur Prüfung und Entscheidung der zweiten Einrede übergegangen werden. Einen solchen Zwang zu getrennter Verhandlung, ein solches sonderbar zerstückeltes Verfahren je nach dem Willen der Parteien kennt die C.P.O. nicht; sie läßt zwar eine Beschränkung der Verhandlung auf eines von mehreren Vertheidigungsmitteln zu, aber sie stellt die Anordnung einer solchen Beschränkung lediglich in das richterliche Ermessen, bindet also den Richter niemals an den Antrag der Partei und nirgends an die Reihenfolge, in welcher die Partei ihre mehreren Vertheidigungsmittel vorbringt. Dem Beklagten geht das Recht ab zu verlangen, daß eine Bedingung oder eine Eventualität im Prozesse erst festgestellt würde, ehe eine vorgeschützte Einrede zur

[1]) Bedenklich ist die Bemerkung Gaupp's in seinem Kommentar zu § 272 C.P.O.: „Das Gericht ist, wenn mehrere selbständige Angriffs- oder Vertheidigungsmittel neben einander vorgebracht wurden und eines derselben, welches bereits spruchreif ist, zur Entscheidung genügt, nicht verpflichtet" (muß heißen „berechtigt", wie Gaupp's eigener Nachsatz ergiebt), „die Entscheidung aufzuschieben, bis die konkurrirenden Angriffs- oder Vertheidigungsmittel zur Entscheidung spruchreif sind, sondern es hat sofort das Endurtheil zu erlassen. Hiernach kann" (muß?) „das Gericht, wenn ein spruchreifes Vertheidigungsmittel die Klagabweisung rechtfertigt, sofort das Endurtheil erlassen, ohne erst Beweis über den Klaggrund zu erheben."

Prüfung käme. Es muß berücksichtigt werden, daß es sich bei mehreren Vertheidigungsmitteln des Beklagten, aus denen die Klagabweisung sich rechtfertigen soll, immer nur um den einen auf Klagabweisung des Beklagten gerichteten Antrag handelt. Dasjenige, aus den Parteibehauptungen vorwegzunehmen, was am ehesten dazu führt, dem Antrage auf Klagabweisung zu entsprechen, ist Sache und nach § 272 C.P.O. Pflicht des Richters.

Ob der Beklagte eine Einrede nur „eventuell" vorschützt, hat also gemäß § 272 C.P.O. überhaupt für den Richter keine Bedeutung, namentlich darf das „eventuelle" Vorschützen einer Einrede, die in der weiteren Verhandlung unstreitig geworden ist, nie hindern, auf Grund dieser Einrede, klagabweisend zu erkennen, wenn die Klagthatsachen oder diejenigen Thatsachen, die zur Stütze einer prinzipalen Einrede dienen sollen, noch streitig sind.

Eventuelle Einreden in dem Sinne, daß der Richter durch die Erklärung des Beklagten gebunden wäre, die von demselben gestellte Eventualität erst festzustellen, ehe die betreffende „eventuell" vorgebrachte Einrede zur Berücksichtigung gezogen werden könnte, giebt es im Prozesse nicht.

Gegensätzlich zu unserem heutigen Prozeßverfahren wird am wirksamsten das Prinzip des § 272 nutzbar gemacht in einem Prozeßverfahren, welches 1. den Richter an seinen einmal erlassenen Beweisbeschluß bindet und 2. den Beklagten verpflichtet, seine Vertheidigungsmittel gleichzeitig neben einander geltend zu machen, wie es der ältere Prozeß mannichfach vorschrieb. Ist der Richter umgekehrt, wie es dem Prinzipe der C.P.O. entspricht, befugt, seinen Beweisbeschluß beliebig zu ändern oder zurückzunehmen, so ist klar, daß es in einem solchen Prozeßverfahren leicht zu unnützen Beweisverhandlungen kommt, daß also nicht immer endlich erkannt wird in dem Zeitpunkte, in welchem nach der *schließlichen* Entscheidung des Richters endlich hätte erkannt werden können; freilich hatte, als der Beweis angeordnet wurde, der Richter eine andere Auffassung von der Sachlage, damals war also in seinem Sinne der Prozeß noch nicht zur Entscheidung reif, und es verstößt deshalb formell das eingehaltene Verfahren nicht gegen § 272, materiell aber ist das Verfahren ungerechtfertigter Weise mit einer Beweisverhandlung belastet worden. Einen ähnlichen, die wohlthätige Wirkung des § 272 unter Umständen ausschließenden Erfolg hat die der Partei gewährte Freiheit, bis

zum Schlusse der letzten mündlichen Verhandlung neue Thatsachen vorzubringen. Dadurch kommt z. B. ein Beklagter, der von mehreren Einreden Gebrauch zu machen gedenkt, wie von der der Zahlung und der Befristung, in die Lage das Gericht zu nöthigen, über die Zahlungseinrede Beweis zu erheben, wenn er sich zunächst auf Vorschützen der Zahlungseinrede beschränkt und erst, sobald ihm das Mißlingen seines Beweises klar wird, die Einrede der Befristung vorschützt, deren Zugeständniß, wenn sie früher geltend gemacht wäre, die Beweisverhandlung über die Zahlungseinrede ausgeschlossen hätte.

Insofern wird durch die im neueren Prozesse erfolgte Aufhebung der Eventualmaxime und durch die Abstandnahme vom Grundsatze der Bindung des Beweisinterlokuts mannichfach die Anwendung des § 272 eingeschränkt.

Am meisten trägt aber zu einer laxen Handhabung des § 272 der Umstand bei, daß nach den Bestimmungen der §§ 527, 528 C.P.O. eine in der Revisionsinstanz für erforderlich gehaltene Beweisaufnahme nicht vor dem Revisionsgericht selbst erfolgt, sondern die Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht nöthig macht. Diese Prozeßeinrichtung führt dahin, daß der Berufungsrichter, der ohne Beweisaufnahme gemäß § 272 endlich erkennt, häufig, nämlich dann, wenn das Revisionsgericht aufhebt und eine Beweisaufnahme für erforderlich erklärt, in die wenig angenehme Lage kommt, die bereits vor ihm verhandelte Sache nochmals zu anderweiter Verhandlung und zur Beweisaufnahme zurückzuerhalten. Die Zurückverweisung und damit viel Kostenaufwand und viel Zeit wäre also erspart worden, wenn der Berufungsrichter nicht alsbald endlich erkannt, sondern Beweisaufnahme angeordnet hätte. Diese Wahrnehmung muß es dem Berufungsrichter nahe legen, in Zweifelsfällen sich lieber für eine Beweisaufnahme als für ein endliches Erkenntniß zu entscheiden. Da es auch vielfach bequemer ist, einen Beweis zu erheben, dessen Resultat über juristische in der Sache liegende Rechtsfragen hinaushelfen kann, als sich über diese Rechtsfragen schlüssig zu machen, so drängen die §§ 527, 528 das Berufungsgericht zu Beweisaufnahmen, die sie bei strenger Beobachtung des § 272 für unnöthig erachten müßten. Der gewissenhafte Richter darf sich aber zu solchen Beweisaufnahmen nicht drängen lassen; denn jeder Beweisbeschluß, der nicht auf der bestimmten Ueberzeugung des ihn erlassenden Richters beruht, daß ohne Erledigung dieses Beweis-

beschlusses nicht endlich erkannt werden kann, ist prozessualisch ungerechtfertigt und daher pflichtwidrig: nicht wegen der Zweifelhaftigkeit einer Rechtsfrage oder wegen der Möglichkeit einer anderweiten Auffassung des Reichsgerichts darf Beweisaufnahme beschlossen werden, sondern nur unter der Voraussetzung, daß der erkennende Richter bei der Gesammtprüfung der Sachlage die Nothwendigkeit der Beweisaufnahme angenommen hat. Jede andere Rücksichtnahme führt auf die schiefe Ebene, aus falscher Vorsicht sämmtliche angetretenen Beweise zu erheben. Damit wäre das Wesen des gesammten Civilprozesses zerstört und dieser Prozeß dem Strafprozeß genähert, in welchem zunächst alle möglicherweise in Betracht kommenden Thatfragen festgestellt werden, ehe es zur rechtlichen Beurtheilung der Sachlage kommt. Vor einer solchen Behandlung der Civilstreitigkeiten muß um so mehr gewarnt werden, als in der That die Gewöhnung bei vielen Richtern bereits Platz zu greifen beginnt, in den Entscheidungsgründen voranzustellen, was die stattgehabte Beweisaufnahme ergeben habe, während in den Entscheidungsgründen zunächst auszuführen ist, weshalb überhaupt Beweis und weshalb er so, wie geschehen, hat erhoben werden müssen.[1])

Aus dieser Betrachtung folgt zugleich, daß es in einem gut geleiteten Prozesse (unterstellt, es sei alles Thatsächliche vollständig in der ersten mündlichen Verhandlung vorgebracht) nur einen die beweisbedürftigen Thatsachen enthaltenden Beweisbeschluß geben darf; das drückt § 324 C.P.O. mit den Worten aus: „Der Beweisbeschluß enthält die Bezeichnung der (d. h. aller) streitigen Thatsachen, über welche Beweis zu erheben ist rc." Im Sinne der C.P.O. hat also der Richter (wie im früheren Verfahren) die ganze Sachlage vor Erlaß des Beweisbeschlusses zu prüfen und sich darüber schlüssig zu machen. Da er aber in seinem Innern nicht kontrolirt werden kann, und da der Beweisbeschluß nicht bindend ist, bleibt thatsächlich allerdings die Möglichkeit, den Beweisbeschluß in mehrere Beweisbeschlüsse zu zerlegen, Beweisbeschlüsse zurückzunehmen, sie auch in beliebigen Stadien des Prozesses auf einander folgen zu lassen. Das wollen anscheinend die Motive[2]) zu § 272 in den nicht sehr klaren Worten sagen, es solle „dem durch die Umstände des einzelnen Falles geleiteten Ermessen des Richters überlassen bleiben, ob er im Urtheil das gesammte Streitmaterial

[1]) s. Stölzel, Schulung für die civ. Pr. (2. Aufl.) S. 184.

[2]) Hahn, Materialien S. 285, 286.

oder nur einen für die Entscheidung durchgreifenden Theil prüfen wolle.“ Damit ist aber gegenüber dem kategorischen Gebot des § 272 keineswegs ein schrankenloser Freibrief gegeben: ein Richter, der nach den gepflogenen Verhandlungen bereits darüber schlüssig ist, daß er die in der Klagbitte gestellte Frage zu verneinen hat, handelt prozeßwidrig, wenn er, „um über das gesammte Streitmaterial zu entscheiden“, etwa noch eine Beweisverhandlung einleiten wollte.[1])

Gehen wir davon aus, daß der Richter dem Geiste der Prozeßordnung gemäß in einem Falle, in welchem erhebliche Klagthatsachen und erhebliche Einredethatsachen streitig sind, einen einheitlichen Beweisbeschluß über sämmtliches des Beweises bedürftige Material erläßt, so wird, wenn z. B. der Kläger im Zeugenvernehmungstermine vor Vernehmung der Zeugen die thatsächliche Grundlage einer Einrede nachträglich zugesteht, Niemand im Zweifel sein, daß ohne jede Zeugenvernehmung alsbald klagabweisend zu erkennen ist. Wie aber, wenn ein solches Zugeständniß nicht erfolgt und zur Zeugenvernehmung geschritten wird? Hat dann der Richter nach Vernehmung der zur Klage oder der zur Einrede vorgeschlagenen Zeugen sich schlüssig zu machen, ob jener oder dieser Beweis geführt ist, und hat er im Bejahungsfalle wiederum endlich zu erkennen unter Ablehnung der Fortsetzung der Zeugenvernehmung? Von prinzipiellem Standpunkte aus wird man nach Maßgabe des § 272 Endentscheidung verlangen dürfen; aber auch hier lehrt die tägliche Wahrnehmung, daß vielfach anders verfahren wird; je nach seinem individuellen Ermessen schiebt der Richter seine Endentscheidung bis nach weiter erhobenem Beweise hinaus, weil er eben über die Nothwendigkeit der Klagabweisung (d. h. über das Resultat des bis dahin erhobenen Beweises) sich noch nicht entschieden hat. Nur soviel läßt sich sagen, daß der Richter einen beschlossenen, aber im Laufe des Verfahrens zufolge Eingeständnisses oder zufolge des bisherigen Resultates der Beweisführung überflüssig gewordenen Beweis nicht zu erheben hat. Führt also etwa die Beweiserhebung über die Einredethatsachen eher dahin, den Beweis für erbracht anzunehmen, als die Beweiserhebung über die Klagthatsachen beendet ist, so hat wiederum der Richter alsbald klagabweisend zu erkennen, ohne das Resultat der über die Klagthatsachen

[1]) Wach, Vorträge über die R.C.P.O. 2. Aufl. S. 212: „Bis zur Zulassung eines Zeit und Kosten verschlingenden überflüssigen Beweises darf die richterliche Passivität nicht ausarten“.

angeordneten Beweiserhebung abzuwarten. Also obwohl auch in diesem Falle der Beklagte erklärt hat, seine Einrede solle erst Platz greifen, wenn der Kläger die geleugneten Klagthatsachen bewiesen haben werde, ist der Richter nicht nur berechtigt, sondern sogar verpflichtet, die Einrede, welche zufolge des Beweisverfahrens als dargethan anzusehen ist, für seine dadurch spruchreif gewordene Endentscheidung heranzuziehen, ohne daß die vom Beklagten beim Vorbringen dieser Einrede betonte Eventualität eingetreten ist. Wiederum hat sich demnach das zugefügte „eventuell" als nichtssagend ergeben. Lediglich in Fällen, in denen das Mißlingen des Klagbeweises vor der Erhebung oder der Erledigung des Einredebeweises festgestellt ist, kommt das vom Beklagten ausgesprochene Verlangen, sein Einredevorbringen nur „eventuell" berücksichtigt zu sehen, zu einer gewissen Geltung; denn in solchen Fällen hat der Richter — ohne das Einredevorbringen zu berücksichtigen — alsbald klagabweisend zu erkennen. Es ist also in diesem Falle wirklich auf das Einredevorbringen deshalb nicht eingegangen worden, weil das Klagvorbringen als unbeweisbar sich herausgestellt hat. Aber zu diesem Resultate hat der Umstand, daß der Beklagte seine Einrede „eventuell" vorgebracht hat, nicht das Mindeste beigetragen: es hätte genau ebenso prozedirt werden müssen, wenn vom Beklagten seine Einrede nicht als „eventuelle" bezeichnet wäre.

Eine Beweiserhebung über die Klagthatsachen allein deshalb, weil der Beklagte seine Einreden nur eventuell vorgebracht habe, ist sonach unter allen Umständen ein arger Verstoß gegen oberste Prozeßgrundsätze.

Der Kläger hat gewiß manchmal ein Interesse daran zu erfahren, ob er dem Richter den Beweis der streitigen Klagthatsachen zu erbringen oder nicht zu erbringen vermag, und ebenso hat der Beklagte manchmal ein Interesse daran zu erfahren, ob das, was sein Gegner ihm gegenüber behauptet, wahr oder unwahr sei; dem einen wie dem andern Theile kann das für eine möglichst umfassende Auseinandersetzung mit dem Gegner oder zur Vermeidung eines etwaigen künftigen Prozesses von großem Nutzen sein. Desungeachtet darf der Richter solche Interessen nicht berücksichtigen; er hat nur das vom Rechte für diesen Prozeß anerkannte Interesse der Parteien zu berücksichtigen, und dies Interesse besteht bei einem auf Zahlung gerichteten Prozesse für die Parteien lediglich darin, auf die von

ihnen ventilirte Frage: hat der Beklagte zu zahlen? eine möglichst baldige Antwort zu erhalten. Sobald der Augenblick im Laufe des Prozesses gekommen ist, in welchem für den Richter die Bejahung oder die Verneinung jener Frage feststeht, muß jedes weitere Prozediren, jede weitere Beweiserhebung, jede Eidesauflage unterbleiben.

Hieraus ergiebt sich zugleich, daß oft rein zufällige Umstände denjenigen Moment des Prozesses bestimmen, in welchem der Prozeß im Sinne des § 272 zur Endentscheidung „reif" ist, und daß dieselben zufälligen Umstände bestimmen, welchen materiellen Umfang und welche Begründung die abzugebende Endentscheidung erhält. Unterstellen wir, bei einer auf Zahlung erhobenen Klage seien die Klagthatsachen, ebenso seien die Thatsachen streitig, auf welche der Beklagte seine eventuell geltendgemachte Einrede des Verzichts stützt, und beide Theile hätten Zeugenbeweis angetreten, so wird der Richter beschließen, Beweis durch die vorgeschlagenen Zeugen 1. über die streitigen Klagthatsachen und 2. über die streitigen Einredethatsachen zu erheben. Erscheinen im Beweistermine die beiderseitigen Zeugen, so beginnt der Richter korrekt mit Vernehmung der klägerischen Zeugen. Sollte das Resultat dieser Vernehmung sein, daß der Beweis der streitigen Klagthatsachen mißlungen oder gar daß das Gegentheil der streitigen Klagthatsachen bewiesen wäre, so erübrigt die Vernehmung der Zeugen über die Einredethatsachen; nach § 272 ist der Kläger abzuweisen, und es ist diese Abweisung in den Urtheilsgründen auf die Beweisfälligkeit des Klägers zu stützen. Sollten aber im Beweistermine allein die Zeugen erschienen und vernommen sein, die den Beweis der Einrede erbringen sollen, so ist, wenn sie den Beweis der Einrede erbringen, wiederum der Prozeß „zur Endentscheidung reif";[1]) der Kläger wird mit seiner Klage ab-

[1]) Der Satz Wach's, der dem oben (S. 28) mitgetheilten vorausgeht: „Es wäre ein trauriges Zeichen von Verkommenheit, wollten wir . . . . gestatten, in den Einredebeweis einzutreten, während noch der Klaggrund bestritten und unbewiesen ist," bedarf also der Einschränkung: ein Beschluß, daß ein Einredebeweis erhoben werden solle, ohne den gleichzeitigen Beschluß, daß über die erheblichen streitigen Klagthatsachen Beweis zu erheben sei, ist ein zu mißbilligender Beschluß (vergl. oben S. 27); bei Ausführung des Beschlusses aber die Erhebung des Einredebeweises der Erhebung des Klagbeweises vorausgehen zu lassen, kann sich unter Umständen empfehlen, ja es ist sogar dann gesetzlich geboten, wenn der Klagbeweis durch einen Schiedseid geführt werden soll, über dessen Norm und Erheblichkeit die Parteien streiten, während über die Einrede-

gewiesen, diesmal aber nicht wegen seiner Beweisfälligkeit, sondern weil der Einredebeweis gelungen ist und deshalb auf die Frage, ob die streitigen Klagthatsachen beweisbar sind, nichts weiter ankommt.[1]) Weder der Richter, noch die Parteien sind im Stande, den Ausgang des einen wie des anderen Prozesses umzugestalten; für den Ausgang ist entscheidend gewesen, daß im ersteren Falle die Klagzeugen im Beweistermine erschienen, im zweiten Falle aber nicht erschienen sind. Daran ändert es nichts, wenn beide Parteien erklären sollten, es möge zunächst über die Existenz der Klagforderung entschieden werden.

Der nach Durchprüfung des gesammten Parteivorbringens ergehende einheitliche Beweisbeschluß, welcher die Beweiserhebung über die (d. h. über alle) streitigen, des Beweises bedürftigen Thatsachen anordnet, trägt also immer die Klausel als selbstverständlich in sich: „vorbehaltlich der Frage, ob nach dem Gange des Beweisverfahrens sich nicht zu diesem oder jenem Punkte die angeordnete Beweiserhebung als überflüssig herausstellt."

Ein Spruch darüber, ob die Klagforderung zur Existenz gekommen ist, wird demnach in Fällen, in denen eine in ihrer thatsächlichen Grundlage feststehende Einrede durchschlägt, nicht gegeben; die Existenz der Klagforderung bleibt dahin gestellt; dem Kläger wird auf seine Klagbitte geantwortet: „der Beklagte hat die geforderten 100 nicht zu zahlen; denn dein Anspruch besteht nicht, mag die Klagforderung bestanden haben, aber nach den feststehenden Einredethatsachen erloschen sein, oder mag sie niemals bestanden haben; welcher der beiden Fälle vorliegt, bedarf deshalb für diesen Prozeß keiner Entscheidung." Der Gang des Prozesses hat nämlich ergeben, daß die Frage, ob die Klagforderung zur Existenz gekommen ist, für die auf die Klagbitte zu gebende Antwort nicht entschieden zu werden braucht; deshalb wäre es fehlerhaft, dieser Entscheidung wegen den Prozeß zu verlängern und zu vertheuern: die Frage liegt außerhalb dieses Prozesses; sie kann möglicherweise Gegenstand

---

thatsachen Zeugen vorgeschlagen sind. Denn da der Eid in solchem Falle nur durch bedingtes Endurtheil auferlegt werden kann, geht stets der Erledigung dieses Beweismittels die Erledigung des gesammten übrigen Beweisverfahrens voraus.

[1]) Zwei in dieser Beziehung unrichtig behandelte Rechtsfälle siehe unter III des Beilageheftes.

eines anderen Prozesses werden, wenn dieser andere Prozeß ohne Entscheidung jener Frage nicht zu erledigen ist; der gegenwärtige Prozeß läßt sich ohne diese Entscheidung erledigen und muß deshalb ohne sie erledigt werden. Derartige alternativ begründete, gleichwohl den Klaganspruch nicht etwa blos bedingt oder hypothetisch, sondern unbedingt zu- oder absprechende Urtheile sind nach den Prozeßgesetzen unvermeidlich; im Laufe unserer Untersuchung wird das mehrfach hervortreten.

Dasselbe wie beim Verhältniß der Klage zur Einrede gilt auch hier beim Verhältniß mehrerer Einreden zu einander. Nehmen wir an, der Beklagte berufe sich unter Anerkennung der Klagforderung zunächst auf eine Gegenforderung, eventuell behaupte er Verzicht, so wird, wenn die Gegenforderung bestritten, der Verzicht aber zugestanden ist, kein Gericht zu finden sein, das nicht auf Grund des feststehenden Verzichtes die Klage alsbald abwiese. Der Verzicht tritt also, weil er feststeht, in den Vordergrund, mag Beklagter noch so bestimmt erklärt haben, er berufe sich auf ihn erst, wenn seine Kompensationseinrede sich als unbegründet erwiesen habe, er wolle, daß der Verzicht erst subsidiär in Betracht gezogen werde. Und beruft sich ein Beklagter auf die Einrede der Befristung, eventuell auf die Einrede der Zahlung, so ist bei Streit über die thatsächliche Grundlage beider Einreden Beweisbeschluß zu erlassen, daß die etwa vom Beklagten benannten Zeugen über die thatsächliche Grundlage beider Einreden zu vernehmen seien. Der Umstand, daß Beklagter „eventuell" die Zahlung behauptet hat, ist gleichgültig, ebenso gleichgültig, ob der Beweisbeschluß des Richters so gefaßt ist, daß an erster Stelle über die Zahlung und an zweiter über die Befristung Beweis erhoben werden soll, oder ob der Beweisbeschluß umgekehrt gefaßt ist. Gesetzt, sämmtliche Zeugen sind in der Lage, zu beiden Einreden die Angaben des Beklagten zu bestätigen, so entscheidet wiederum der Zufall, welche Zeugen zuerst vernommen werden, über den Zeitpunkt, wann der Prozeß zur Entscheidung reif erscheint. Findet der Richter auf Grund der nächstvernommenen Zeugen die Befristung dargethan, so hat er die Klage abzuweisen, weil die Klagforderung befristet sei, und findet der Richter zunächst die Zahlung dargethan, so hat er die Klage abzuweisen, weil die Klagforderung bezahlt ist. Sollten aber sämmtliche Zeugen über beide Einreden vor Erlaß der Endentscheidung vernommen sein und nach Ansicht

des Richters den Beweis beider Einreden erbracht haben, oder sollte durch eine zu beiden Einreden erklärte Eidesweigerung der Beweis beider Einreden erbracht sein, so hängt es lediglich vom richterlichen Ermessen ab, auf Grund welcher der beiden erwiesenen Einreden die Klagabweisung erfolgen soll. Empfehlenswerth wird es allerdings in solchem Falle sein, auf Grund der erwiesenen Zahlung die Klage abzuweisen, weil dadurch ein zweiter Prozeß vermieden wird. Aber dabei ist ein Antrag der Parteien, zunächst einen Ausspruch über die Zahlung zu erhalten, für den Richter nicht maßgebend. Ja, es darf ihn ein solcher Wunsch, wenn die Einrede der Befristung früher liquid ist als die der Zahlung, nicht bestimmen, der Vorschrift des § 272 entgegen noch den Beweis in Betreff der Zahlungseinrede zu erheben, nachdem die Nothwendigkeit der Klagabweisung auf Grund der Einrede der Befristung bereits feststeht. Ebenso fehlerhaft wäre es, wenn über die Zahlung etwa der Schiedseid zugeschoben und angenommen ist, bei bereits festgestellter Befristung auf einen Eid des Klägers über die Zahlung zu erkennen und von der Leistung dieses Eides es abhängig zu machen, ob die Klage wegen der dargethanen Befristung zur Zeit oder ob sie wegen der etwa dargethanen Zahlung definitiv abzuweisen sei. Ein solcher Eid wäre nicht ein für die Endentscheidung erforderlicher Eid.[1]) Steht die Nothwendigkeit der Klagabweisung fest, so ist die Klagabweisung auszusprechen, nicht aber ist noch ein Eid zu verlangen, der nur den Zweck hat, der Entscheidung eine Motivirung zu schaffen, die möglicherweise dem Interesse der einen oder der anderen Partei oder beider Parteien dienlicher ist, als die aus anderem Grunde erfolgende Klagabweisung.

So wünschenswerth es an sich ist, einen künftigen Prozeß zu verhüten, wenn dies durch die Art, wie der anhängige Prozeß entschieden wird, sich ermöglichen läßt, darf doch nie behufs Verhütung des künftigen Prozesses im anhängigen Prozesse ein Beweis erhoben werden, der für letzteren Prozeß überflüssig erscheint. Liegt indeß eine Beweiserhebung einmal abgeschlossen vor, so ist sie, auch wenn sie Angesichts des § 272 nicht hätte erfolgen sollen, bei der nunmehr nach erfolgter Beweiserhebung zu treffenden Entscheidung im Interesse eines möglichst definitiven Austrags der Parteistreitpunkte mit heranzuziehen.

[1]) Vergl. hierzu Meyer im Archiv für civil. Praxis Bd. 85 S. 149. 150.

Manche Gerichte haben die Uebung „eventuelle" Beweisbeschlüsse zu fassen. Sind z. B. Klagthatsachen und zugleich Einredethatsachen streitig, so ergeht Beweisbeschluß, es seien die klägerischen Zeugen über die Klagthatsachen, „eventuell" seien die Zeugen des Beklagten über die Einredethatsachen zu vernehmen. Das soll eine Art Direktive für die weitere Behandlung des Prozesses sein. Das Wort „eventuell" enthält die Aufnahme eines Entscheidungsgrundes in den Beweisbeschluß: es wird dadurch angedeutet, die mit „eventuell" eingeleitete Beweisanordnung solle nur unter einer gewissen Voraussetzung, nur aus einem besonderen Motive heraus als getroffen gelten. Die C.P.O. will aber weder, daß der Beweisbeschluß mit Motiven ergeht, noch daß er Direktiven für die weitere Behandlung des Prozesses aufnimmt (vergl. § 324). Uebrigens ist die Direktive unklar. Soll sie für den demnächst entscheidenden Richter oder soll sie für den etwa mit der Beweisaufnahme beauftragten bezw. um die Beweisaufnahme ersuchten Richter oder soll sie für die Parteien bestimmt sein? Nach keiner dieser Richtungen hin wäre sie maßgebend. Regelmäßig wird sie für den beauftragten oder ersuchten Richter bestimmt sein. Bedeutet sie dann aber, er solle die eventuell angeordnete Beweisaufnahme vornehmen, wenn der primär erforderte Beweis erbracht oder wenn er nicht erbracht sei? Und ist es Aufgabe des beauftragten oder ersuchten Richters sich in den möglichen Gedankengang des Prozeßgerichts hineinzustudiren, um klar darüber zu werden, was mit der „eventuellen" Beweisanordnung gesagt sein soll? Ein solches Verfahren ist prozeßwidrig und deshalb zu vermeiden. Es leidet an dem Fehler, daß von dem beauftragten oder ersuchten Richter eine Beweiswürdigung verlangt wird, die ihm nicht zukommt, und die in ihrem Resultate für den Prozeß gleichgültig ist, weil sie den Prozeßrichter nicht bindet. Ob der prinzipale Beweis geführt oder mißlungen sei, darüber hat ausschließlich das Prozeßgericht zu entscheiden. Diese Entscheidung kann aber nur auf Grund weiterer mündlicher Verhandlung stattfinden. Außerdem ist auch eine solche Anordnung von „eventuellen" Beweiserhebungen nicht einmal zweckmäßig. Wäre prozeßordnungsgemäß der Beweisbeschluß dahin ergangen, 1. über die Klagthatsachen, 2. über die Einredethatsachen den erbotenen Zeugenbeweis aufzunehmen, und hätte der ersuchte oder beauftragte Richter die Zeugen des Klägers nicht auffinden können, so würde

er ohne Weiteres die Zeugen des Beklagten vernommen und dann die Akten dem Prozeßgericht wieder vorgelegt haben. Unterstellen wir, daß die Zeugen den Beweis der Einredethatsachen erbringen, so mußte das Prozeßgericht die Klage alsbald auf Grund der erwiesenen Einrede abweisen; auf den Beweis der Klagthatsachen kam es nicht mehr an; der Prozeß war erledigt. Diese natürliche Entwickelung des Prozesses wird gestört durch eine nur eventuell über die Einredethatsachen angeordnete Beweisaufnahme. Solcher Anordnung zufolge hätte der ersuchte oder beauftragte Richter, wenn die klägerischen Zeugen nicht auffindbar waren, ohne Vernehmung der Einredezeugen die Akten dem Prozeßgericht wieder vorlegen müssen, und es wären unnöthige Weiterungen und Kosten behufs Ermittelungen der Klagzeugen erwachsen. Insofern tritt ein solcher „eventueller" Beweisbeschluß mit dem Prinzip des § 272 in Widerspruch; er beschränkt ungerechtfertigter Weise die gehörige Ausnutzung dieses Prinzips. Will der beauftragte oder ersuchte Richter prozeßordnungsgemäß verfahren, so muß er ein Ersuchen um „eventuelle" Beweisaufnahme zurückgehen lassen und um Erläuterung bitten. Fällt die Erläuterung dahin aus, die eventuelle Beweiserhebung solle nur erfolgen, wenn der primäre Beweis erbracht oder wenn er nicht erbracht sei, so hat sich der requirirte Richter auf die primär angeordnete Beweiserhebung zu beschränken und nach deren Erledigung die Akten dem Prozeßgericht wieder vorzulegen. Wenn aber das Prozeßgericht seine Requisition dahin erläutert, der requirirte Richter solle die eventuelle Beweiserhebung eintreten lassen, sofern er den primären Beweis für erbracht oder für mißlungen annehme, so hat der requirirte Richter eine solche Requisition abzulehnen. Es kommt auch vor, daß ein „eventueller" Beweisbeschluß besagen will, der beauftragte oder ersuchte Richter habe nach Erledigung der primären Beweiserhebung die Akten zurückzusenden, damit das Prozeßgericht sich auf Grund der stattgehabten Beweiserhebung in nichtöffentlicher Sitzung schlüssig mache, ob die eventuelle Beweiserhebung noch stattfinden oder nicht mehr stattfinden solle. Auch dies Verfahren ist prozeßwidrig; denn weder dem Dezernenten allein, noch dem Gerichtskolleg steht es zu, außerhalb der mündlichen Verhandlung über jene Frage zu befinden. Es bedarf also nach Erledigung der primären Beweiserhebung und nach Rückkunft der Akten der Anberaumung eines neuen Verhandlungstermines. Kommt es in

diesem zu einem erneuten Beweisbeschluß über die von Anfang an „eventuell" zu Beweis verstellte Thatsache, so ist das Verfahren unnütz in mehrere Beweisbeschlüsse gespalten. Dies wäre vermieden worden, wenn alsbald über sämmtliche erhebliche Thatsachen so, wie es die C.P.O. will, die Beweiserhebung angeordnet, d. h. wenn das Wort „eventuell" aus dem Beweisbeschluß fortgeblieben wäre.

Neben der ungerechtfertigten Einengung des in § 272 ausgesprochenen Prinzips begegnet in der Praxis eine allzuweite Ausdehnung dieses Prinzips. Man hat in § 272 eine Beschränkung der Zulässigkeit eines Beschlußeides auf die Fälle finden wollen, in denen der Beweisbeschluß noch andere Beweiserhebungen als die durch Eid anordne, indem man argumentirt: Nach § 426 C.P.O. **kann** der Richter bei Einverständniß der Parteien über Norm und Erheblichkeit eines Eides dessen Ableistung durch Beweisbeschluß anordnen. Nach § 272 **muß** der Richter Endurtheil erlassen, wenn dazu der Rechtsstreit reif ist. Ein Endurtheil — wenngleich nur ein bedingtes — ist aber jedes Eidesurtheil. Folglich muß nach § 272 auch **Eidesurtheil** ergehen, wenn an sich nach § 426 der Richter befugt wäre, Beweisbeschluß auf Eid zu erlassen.[1])

Das beruht auf einer mißverständlichen Auffassung des Verhältnisses des § 272 zum § 426 C.P.O. Der eine wie der andere dieser Paragraphen zielt auf eine Abkürzung der Prozesse hin. Der § 426 räumt zu diesem Zwecke dem Richter die Befugniß ein, wenn er es bei Norm und Erheblichkeit eines Eides für sachdienlich hält, den Eid im Wege des Beweisverfahrens („in der Instanz") abzunehmen und somit durch Abschneidung der Möglichkeit einer Berufung gegen die Eidesauflage den Prozeß wesentlich zu vereinfachen. Entscheidet sich der Richter gemäß § 426 zu einem Beweisbeschluß auf Eid, so ist eben die Sache zur Endentscheidung noch **nicht** reif, und der § 272 erscheint für diesen Fall als unanwendbar. Keineswegs wird der § 426 durch den § 272, sondern es wird umgekehrt der § 272 durch den § 426 modifizirt. Das tritt in die Erscheinung, sobald man den § 426 unmittelbar an den § 272 heranrückt und sich ihn etwa als zweiten Absatz des § 272 formulirt denkt. Dann lautet die Bestimmung:

---

[1]) Einen bezüglichen — unrichtig behandelten — Rechtsfall siehe unter IV des Beilageheftes.

„Ist der Rechtsstreit zur Endentscheidung reif, so hat das Gericht dieselbe durch Endurtheil zu erlassen.

Sind die Parteien über Norm und Erheblichkeit eines Eides einverstanden, so kann das Gericht die Leistung des Eides durch Beweisbeschluß anordnen."

Schwerlich würde Jemand bei solcher Zusammenfassung der §§ 272, 426 in dem ersten Satze eine Einschränkung des zweiten finden. Der zweite Satz gestattet vielmehr in gewissen Fällen, in denen nach dem ersten Satze endlich erkannt werden könnte, dies endliche Erkenntniß hinauszuschieben und sich — ebenfalls im Interesse der Abkürzung des Prozesses — für einen Beweisbeschluß zu entscheiden.

Nur wer mit dem Buchstaben, nicht mit dem Sinne des Gesetzes operirt, kann aus dem § 272 herauslesen, daß es dem Richter untersagt sein sollte, von dem so wohlthätigen Institut des Beschlußeides dann Gebrauch zu machen, wenn der Beschlußeid der einzige Gegenstand der Beweisaufnahme sei, Im Gegentheile: gerade die Fälle, in denen allein ein zu leistender Eid den Ausgang des Prozesses bestimmt, sind für Anwendung des Beschlußeides am geeignetsten.

Das gefundene Resultat ist:

1. Das Prinzip des § 272 C.P.O. verbietet dem Richter, wenn er eine Einrede für begründet und thatsächlich für festgestellt hält, über etwa streitige Thatsachen der Klage oder anderer Einreden zu dem Zwecke ein Beweisverfahren einzuleiten, um einen möglichen künftigen Prozeß abzuschneiden;

2. der Erlaß „eventueller" Beweisbeschlüsse ist mit einer ordnungsmäßigen Handhabung des § 272 C.P.O. unvereinbar;

3. das Prinzip des § 272 wird durch den § 426 C.P.O., nicht wird der § 426 durch § 272 eingeschränkt.

§ 3. Widerklage.

Wer gegen einen Andern als Kläger auftritt, muß sich gefallen lassen, daß ihn in demselben Verfahren und vor demselben Gerichte der Beklagte mit einer Wider- oder Gegenklage angreift, sofern sie mit dem Streitstoffe in rechtlichem Zusammenhang steht. Das ist gerecht und zweckmäßig: wäre eine solche Widerklage nicht gegeben, so könnte der Beklagte doch, statt sich blos des gegnerischen Angriffs

zu erwehren, seinerseits zu einem Gegenangriff übergehen und gegen den Kläger Klage erheben, nur würde diese Klage vor dem Gerichtsstand des Klägers und in einem selbständigen neuen Prozesse zu verhandeln sein. An Stelle dieser möglicherweise vor verschiedenen Gerichten sich abspielenden getrennten zwei Prozesse gestattet das Prozeßrecht einen die beiden Prozesse umfassenden Prozeß vor dem Gerichte der Hauptklage, um den Austrag der verschiedenen Streitpunkte zu vereinfachen, welche anläßlich der Erhebung der Hauptklage zwischen den nämlichen Parteien schweben. Dieser Prozeß schließt aber zwei Prozesse in sich, er besteht aus zwei Prozessen: den einen leitet die Klage, den anderen leitet die Widerklage ein. Wie das, was der Kläger vom Richter ausgesprochen sehen will, in der Klagbitte, so verkörpert sich das, was der Beklagte als Widerkläger vom Richter begehrt, in der Widerklagbitte. Ohne Klagbitte oder Klagantrag keine Klage, ohne Widerklagbitte oder Widerklagantrag keine Widerklage. Ueberhaupt folgen der mittels der Klage und der mittels der Widerklage eingeleitete Prozeß genau denselben allgemeinen Grundsätzen. Das Verfahren, welches auf der Erhebung einer Klage und einer Widerklage beruht, ist ein Verfahren, in welchem sich zwei materiell wie formell verschiedene Prozesse vereinigen. Das thatsächliche Material, das der Widerklageprozeß bringt, kann sich zwar im Verhältnisse zum Material des Hauptprozesses sehr einfach gestalten, es kann sogar in genau demselben Materiale bestehen, das der Beklagte einredeweise zum Schutze gegen die Hauptklage, ja es kann sogar in dem Material bestehen, das der Kläger zur Begründung der Hauptklage vorgebracht hat; der Beklagte kann sich also als Widerkläger zur Begründung seiner Widerklage vielfach lediglich auf dies im bisherigen Prozeß bereits enthaltene Material beziehen; es zu wiederholen, wäre unnütz. Wenn aber die Widerklage auch nichts enthält, als eine solche Bezugnahme und die daran geknüpfte Widerklagebitte, so liegt doch in der Erhebung der Widerklage die Einleitung eines neuen Prozesses, der — abgesehen von der durch die Hauptklage geschaffenen Gerichtszuständigkeit — seine eigenen Wege wandelt. Bildet, wie es häufig der Fall ist, der nämliche thatsächliche Stoff für den Beklagten die Grundlage seiner Einrede und seiner Bitte, den Klagantrag abzuweisen, wie die Grundlage seiner Widerklage und seiner Bitte, den Kläger nach Maßgabe der Widerklage zu verurtheilen, so ergeben die Grundsätze der Logik,

daß der Beklagte seinen Antrag zur Einrede dem Antrage zur Widerklage vorausgehen zu lassen hat. Die Einrede bezieht sich auf die Hauptklage, folglich bezieht sich auf die Hauptklage auch die an die Einrede geknüpfte Bitte; erst ist der Hauptprozeß durchzuprüfen, ehe es zur Prüfung der Widerklage und des durch sie eingeleiteten zweiten Prozesses kommt. Leider findet es sich allerdings in Prozeßschriften und Parteivorträgen öfters, daß der Beklagte nach Mittheilung dessen, was er auf die Klage zu antworten hat, zunächst bemerkt, er erhebe auf Grund des mitgetheilten thatsächlichen Materials Widerklage, entnehme aber weiter daraus auch eine Einrede, welche die Bitte um Abweisung der Hauptklage rechtfertige.[1]) Ein so geordnetes Vorbringen beweist nur, daß der, von dem es ausgeht, keinen richtigen Begriff vom Verhältniß der Einrede zur Hauptklage und zur Widerklage, ebensowenig wie vom Verhältniß der Widerklage zur Hauptklage hat. Der in jener verkehrten Anordnung liegende Mißgriff kommt noch klarer zum Ausdruck, wenn der Beklagte auf die Klage erklärt, zunächst erhebe er folgende Widerklage, eventuell mache er das zur Begründung der Widerklage Vorgebrachte einredeweise gegen die Hauptklage geltend. Mag der Beklagte ohne Einfügung des Wortes „eventuell“ oder mit dessen Einfügung die Widerklage und ihre Bitte der Einrede und dem Antrage der Klagabweisung voranstellen: der Richter befindet sich im einen wie im andern Falle nur in der Lage, an erster Stelle den Hauptklagantrag unter alsbaldiger Heranziehung des dazu gehörigen Einredevorbringens und dann erst die Widerklage zu prüfen; der Richter muß also ungeachtet des vom Beklagten ausgedrückten Willens, zunächst die Widerklage und erst eventuell die Einrede beurtheilt zu sehen, seine Entscheidung in umgekehrter Ordnung geben; er darf den Denkfehler des Beklagten nicht zu seinem eigenen Denkfehler machen; es ist prozessualisch unausführbar,

[1]) Petersen, Zeitschr. f. Civ.Pr. Bd. 19 (1894) S. 107 redet wohl nur ungenau von „eventueller Verwendung einer mittels Widerklage geltendgemachten Gegenforderung zur Kompensation“. Vergl. auch das. S. 106. Wenig verständlich ist es auch, wenn Geib, Zeitschr. f. deutsch. Civ.Pr. Bd. 22 (1896) S. 530, 537 ff. von einer Gegenforderung redet, die der Beklagte nicht nur zur Kompensation, sondern auch noch weiterhin zur Widerklage „zum Zwecke der Vorbereitung des Kompensationsverlangens verwendet“. Wie kann ein Kompensations-Verlangen durch eine zeitlich diesem Verlangen nachfolgende Widerklage vorbereitet werden?

erst die Hauptklage, dann die Widerklage zu erledigen und schließlich zur Hauptklage noch eine Einrede zu prüfen; das Vorbringen des Beklagten beruht auf einer falschen Rechtsauffassung; falsche Rechtsauffassungen der Parteien sind für den Richter gleichgültig; die Beurtheilung, in welcher Reihenfolge Einrede und Widerklage zu prüfen ist, unterliegt nicht dem Parteiwillen. So wenig die Partei dem Richter Vorschriften darüber machen kann, welchen Klagegrund oder welche von mehreren Einreden er zunächst prüfen soll, mag sie noch soviel und noch so bestimmt von „eventuell" reden,[1]) so wenig kann sie ihm vorschreiben, er solle die Widerklage vor der Einrede prüfen; ja wenn in den ersteren Fällen der Richter wählen kann, welchen Klaggrund oder welche Einrede er an erster Stelle seiner Prüfung unterziehen will: bei erhobener Widerklage und „eventuell" erhobener Einrede kann der Richter nicht wählen; er muß die Prüfung der Einrede mit der an erster Stelle vorzunehmenden Prüfung und Entscheidung der Hauptklage verbinden, weil die Prüfung der Hauptklage und die Entscheidung des durch sie eingeleiteten Hauptprozesses ohne Mitprüfung der Einrede eine juristische und logische Unmöglichkeit ist. Die Widerklage einschieben zwischen Hauptklage und Einrede heißt den Hauptprozeß durch das Einschiebsel eines neuen Prozesses widernatürlich in zwei Theile zerreißen.

Wollte man einen Beklagten, der der Klage gegenüber zunächst Widerklage erhebt und dann „eventuell" das zur Widerklage Vorgebrachte als Einrede verwendet, beim Worte nehmen, so würden seine Anträge bedeuten, daß der Richter mit Beurtheilung des durch die Klage eingeleiteten Hauptprozesses beginnen solle, ohne dabei die eventuell vorgeschützte Einrede zu berücksichtigen. Dies — angewendet auf den Fall einer geltendgemachten Gegenforderung — müßte, wenn die Klagforderung sich als begründet ergäbe, zur Verurtheilung nach der Klagbitte führen. Nunmehr käme die Prüfung der Widerklage an die Reihe. Ergäbe sich auch hier die Begründung der Widerklage, so wäre der Kläger und Widerbeklagte nach dem Widerklagantrag zu verurtheilen; beide Urtheile könnten zur Vollstreckung gelangen; zur Prüfung der nur eventuell vorgeschützten Kompensationseinrede käme es überhaupt nicht; denn der Beklagte wollte sie ja nur eventuell, d. h. für den Fall vor-

[1]) Siehe oben Seite 18. 21 ff.

schützen, daß seine Widerklage nicht durchdringe.[1]) Wie unvernünftig ein solches Verfahren wäre, und wie wenig es dem wahren Willen des Beklagten entspräche, liegt auf der Hand. Den verkehrt ausgedrückten Willen des Beklagten hat der Richter in die geeignete Form zu gießen. Des Beklagten Vertheidigung muß sich naturgemäß zunächst gegen den Angriff des Klägers richten. Bedarf der Beklagte zur Beseitigung des klägerischen Angriffs einer Verwendung der Gegenforderung als Einrede nicht, weil der Klagantrag aus sonstigen Gründen zurückgewiesen wird, oder nutzt dem Beklagten seine Gegenforderung nichts gegen den Klagangriff, weil aus der Gegenforderung eine begründete Kompensationseinrede nicht entspringt, so kommt die auf die Gegenforderung gestützte Widerklage in Betracht. Die Korrektur, die der Richter vornimmt, indem er die primär erhobene Widerklage und die eventuell erhobene Einrede behandelt, als sei die Einrede primär und die Widerklage eventuell erhoben, ist aber nicht etwa eine unstatthafte Aenderung der Parteianträge, sondern sie liegt auf dem Gebiete der richterlichen Beurtheilung, also auf dem Gebiete, welches einer Parteidisposition entzogen ist.

Man sollte in der That meinen, daß solche einfachen Dinge keiner Auseinandersetzung bedürfen, aber es ist unerläßlich sie hervorzuheben. Denn einestheils wird nicht blos im gewöhnlichen Prozeßgetriebe, sondern selbst in wissenschaftlichen Erörterungen von einer primären Widerklage, mittels deren der Beklagte eine Gegenforderung geltend macht, und von einer eventuell auf die nämliche Gegenforderung gestützten Kompensationseinrede gesprochen, ja es werden sogar aus dieser Anordnung des vom Beklagten Vorgebrachten sachliche Schlüsse gezogen. Anderntheils werden die wenig nutzbringenden Begriffe einer „unentwickelten Widerklage", einer „versteckten Widerklage", einer „verborgenen Inzidentfeststellungsklage", ja sogar eines auf „Verurtheilung des Klägers gerichteten Anspruchs" verwendet, um zu erklären, worauf der Wille eines Beklagten gerichtet sei, der sich auf eine Gegenforderung beruft.

Eine Gegenforderung kann der Beklagte in verschiedener Weise geltend machen. Er kann erklären, sie gegen die Hauptforderung aufrechnen zu wollen, so daß deshalb die Klagbitte unbegründet erscheine und die Klage zurückgewiesen werden müsse, d. h. der Beklagte

[1]) Ein solches Verfahren ist unter V des Beilageheftes dargestellt.

kann auf die Gegenforderung die Einrede der Kompensation stützen. Dann begehrt er nichts Anderes als Freisprechung von der Klagforderung, und „es ist nichts Anderes als die Klagforderung der Prozeßstoff.“[1]) Der Beklagte kann aber auf Grund der Gegenforderung auch Widerklage erheben und zwar Widerklage auf Zahlung des Betrags der Gegenforderung oder (sofern die geeigneten Voraussetzungen der §§ 231, 253 C.P.O. vorliegen) auf Feststellung des Bestehens der Gegenforderung. Der Beklagte kann ferner den einen Weg mit dem andern verbinden. Nach Erhebung der Einrede der Aufrechnung kann auch der Beklagte eventuell (für den Fall, daß durch die Aufrechnung nicht die Klagabweisung erzielt wird) Widerklage auf Grund der Gegenforderung erheben; die Praxis läßt solche eventuelle Widerklagen zu. Was aber der Beklagte mit der Hereinziehung seiner Gegenforderung in den Hauptprozeß will, muß er deutlich sagen, er muß danach seinen Antrag stellen. Lautet der Antrag lediglich auf Abweisung der Klage, so hat der Beklagte mit der Berufung auf die Gegenforderung nichts als eine Einrede vorgebracht; lautet der Antrag zur Gegenforderung lediglich auf eine Verurtheilung des Klägers, so hat der Beklagte auf Grund der Gegenforderung nichts als eine Widerklage erhoben. Der Richter ist nicht befugt, in der Bezugnahme auf eine Gegenforderung nach seinem Belieben eine Einrede oder eine Widerklage oder Beides zu finden; der Beklagte muß einen bestimmten Antrag stellen und dieser — in der mündlichen Verhandlung aus dem Protokoll zu verlesende[2]) — Antrag entscheidet. Der Antrag des Beklagten, den Kläger auf Grund der Gegenforderung zu verurtheilen (d. h. die Widerklage aus der Gegenforderung) berechtigt den Richter niemals, eine (vielleicht mögliche, aber vom Beklagten nicht gewollte) Aufrechnung auszusprechen, und der Antrag des Beklagten, den Kläger auf Grund der Gegenforderung abzuweisen (d. h. die Einrede aus der Gegenforderung), berechtigt den Richter ohne Widerklagantrag niemals, zur Zahlung der Gegenforderung zu verurtheilen oder auf Feststellung der Gegenforderung zu erkennen. Fehlt ein solcher Widerklagantrag, so kann sich der Prozeß nur um die Frage drehen, ob die Klage aus der Hauptforderung abzuweisen oder zuzusprechen ist.

---

[1]) So Geib, Arch. f. civ. Pr. Bd. 85 S. 186.

[2]) C.P.O. § 269; v. Wilmowski und Levy zu § 230 Nr. 2 C.P.O.

In dieser Weise gestaltet sich das Verhältniß von Einrede und Widerklage nach heutigen allgemeinen Prozeßgrundsätzen. Es fragt sich, ob es besondere Prozeßgrundsätze gegeben hat oder gegenwärtig giebt, nach denen die „Berufung" auf eine Gegenforderung mit dem Antrage auf „Klagabweisung" nicht blos als Einrede, sondern — selbst bei mangelndem Widerklagantrag — auch als Widerklage aufzufassen ist.

Zu einer sicheren Beantwortung dieser Frage läßt sich nur gelangen, wenn die prozessualische Behandlung der Gegenforderung im alten wie im neuen Prozesse einer Prüfung unterzogen wird.

§ 4. Gegenforderung in der älteren Prozeßgesetzgebung.

Besondere Grundsätze in der prozessualischen Behandlung einer Gegenforderung hat es zunächst im römischen Rechte nicht gegeben, wohl aber galten dort in der Kaiserzeit besondere Grundsätze überhaupt für alle Fälle, in denen sich aus der Prozeßverhandlung ergab, daß nicht der Beklagte dem Kläger, sondern daß der Kläger dem Beklagten schuldete. Hier sollte der Kläger zur Zahlung verurtheilt, nicht etwa sollte blos der Beklagte absolvirt werden. Das bezeugt Justinian als eine weise, von Papinian, dem vir summi ingenii, eingeführte Prozeßregel; der Kaiser bestätigte sie nicht nur, sondern er dehnte sie aus auf die Fälle, in denen der angegangene Richter an sich unzuständig für den Anspruch des Beklagten war.[1]) Damit wurde jeder Prozeß für ein judicium duplex erklärt — ein Standpunkt, der gewiß Manches für sich hat, der aber niemals der Standpunkt unseres deutschen Prozesses geworden ist, und auch nicht der Standpunkt des altrömischen Prozesses war. Darüber lehrt Savigny[2]): „Wenn Anfangs der Beklagte annahm, seine Gegenforderung werde der Hauptforderung nicht gleichkommen (in welchem Falle die Kompensationseinrede ausreichte) . . . und erst

[1]) l. 14 C. de sent. 7, 45:

Cum Papinianus, summi ingenii vir, in quaestionibus suis rite disposuerit, non solum judicem de absolutione rei judicatae, sed et ipsum actorem, si e contrario obnoxius fuerit inventus, condemnare: hujusmodi sententiam non solum roborandam, sed etiam augendam esse sancimus, ut liceat judici, vel contra actorem ferre sententiam, et aliquid eum daturum vel facturum pronunciare: nulla ei opponenda exceptione, quod non competens judex agentis esse cognoscatur.

[2]) System Bd. 6 S. 340 f.

während des Prozesses einsah, daß er mehr als sein Gegner zu fordern habe, dann konnte noch zur Zeit des Gajus eine Verurtheilung des ursprünglichen Klägers nicht erfolgen, vielmehr mußte deshalb eine neue Klage angestellt werden. Papinian's neue Meinung scheint dahin gegangen zu sein, auch in diesem Fall die Verurtheilung des ersten Klägers zu gestatten, also eine stillschweigende Widerklage anzunehmen . . . Justinian bestätigte diesen Ausspruch und erweiterte ihn noch dahin, daß derselbe gelten sollte, auch wenn der Richter . . . erst durch die (stillschweigende) Widerklage kompetent werde . . . Es fragt sich, ob diese eigenthümliche Bestimmung auch für das heutige Prozeßrecht anzuerkennen ist. Ich glaube das entschieden verneinen zu müssen, und zwar nach der Analogie der vom jüngsten Reichsabschied gegebenen strengen Vorschriften über die Einreden. Denn, wenn schon Einreden, die nicht bei der ersten Einlassung vorgebracht werden, für diese Instanz verloren sind, so muß dies um so mehr für eine Widerklage gelten". Die Richtigkeit dieser Behauptung leitet Savigny aus dem canonischen Prozesse her: nach c. 2 X de ordine cognitionum (1, 10) entscheide bei einer Spolienklage, der gegenüber sich der Beklagte auf ein spolium des Klägers berufe, ob das spolium des Klägers „nur im Wege der Einrede", oder ob es „im Wege der auf Restitution gerichteten Klage" geltend gemacht sei; ersteren Falles könne das spolium des Klägers nur zur Klagabweisung führen, nie zur Verurtheilung ad restituendum. Savigny bemerkt weiter, hiernach sei zwar einst in der Geltendmachung einer Kompensationsforderung eine „stillschweigende" Widerklage zu finden gewesen, etwa nach der Formel: alter alteri dare oportet, indem die Geltendmachung der Kompensationsforderung als Einleitung eines judicium duplex aufgefaßt sei; für den gemeinrechtlichen mittelalterlichen Prozeß bereits sei aber diese Auffassung ausgeschlossen.

Eine stillschweigende Widerklage im Savignyschen Sinne des judicium duplex läßt sich wohl denken, wenn der Gesetzgeber, wie er es in Rom einst gethan, eine Bestimmung trifft, nach welcher die Geltendmachung einer Gegenforderung im Prozesse die Bedeutung haben soll, daß das Gericht sich darüber auszusprechen habe, ob Klag- und Gegenforderung Null von Null aufgingen, oder ob und was die eine Partei der andern herauszuzahlen habe.

Auch heute könnte das der Gesetzgeber als Wirkung der im

Prozesse erfolgenden Berufung auf eine Gegenforderung festsetzen, und eine dahin zielende Vorschrift wäre vielleicht empfehlenswerth. Svarez mit seinem praktischen Blicke hat sie für Preußen in der Allgemeinen Gerichtsordnung getroffen. Der 19. Tit. des I. Theiles der A.G.O. „von der Rekonvention oder Widerklage" behandelt in zwanzig Paragraphen ausschließlich das Geltendmachen einer Gegenforderung im Prozesse. Diese Paragraphen unterscheiden die Gegenforderung, welche aus dem Geschäfte der Hauptforderung entspringt, und diejenige, welche ein anderes Geschäft zur Grundlage hat. Im einen wie im andern Falle liegt in der Geltendmachung der Gegenforderung eo ipso eine Widerklage, ohne daß es eines besonderen auf Verurtheilung des Klägers gerichteten Antrags bedarf; im einen wie im andern Falle hat der Richter über die Existenz der Hauptforderung und der Gegenforderung zu entscheiden, er hat „die ganze Sache auseinanderzusetzen", also, wenn der Beklagte allein sich als Forderungsberechtigter herausstellt, den Kläger — wie im einstigen judicium duplex — zur Zahlung zu verurtheilen. Handelt es sich um ein beiden Forderungen gemeinsam zu Grunde liegendes Geschäft („uneigentliche Widerklage"), so ist Alles in einem Prozesse durch ein und dasselbe Urtheil zu entscheiden; handelt es sich um verschiedene Geschäfte („eigentliche Widerklage"), so sind in der Regel zwei Separatprozesse zu führen. Das Nähere interessirt hier nicht, auch kann unerörtert bleiben, ob die verschiedene Behandlung der sog. eigentlichen und der sog. uneigentlichen Widerklage ihre Berechtigung hatte. Ebensowenig kommt es uns darauf an, was die preußische Praxis aus den Bestimmungen der A.G.O. gemacht hat;[1]) es genügt festzustellen, daß die A.G.O. in der Geltendmachung einer Gegenforderung das judicium duplex im Savigny'schen Sinne sah und die positive Anordnung enthielt, es bedürfe keiner besonderen Widerklage; die Widerklage sei — ebenso wie die Einrede — überhaupt in jeder „Berufung auf eine Gegenforderung" enthalten. Wäre dieser Satz in die C.P.O. übergegangen, dann läge allerdings im Geltendmachen einer Gegenforderung eine „stillschweigende" Widerklage im Sinne Savigny's. Diese Widerklage wäre aber (wie die eigentliche und die uneigentliche Widerklage der A.G.O.) eine echte, eine entwickelte Widerklage, es bedürfte nur nicht ihrer

[1]) Vergl. darüber v. Rönne's Ergänzungen zur A.G.O. I. 19 (wenig klare Aeußerung des Gesetzrevisors ꝛc.).

besonderen Erhebung, es bedürfte keiner ausdrücklichen Widerklage, und im Falle des Nichtbestehens der Klagforderung müßte der Kläger und Widerbeklagte aus der Gegenforderung, wenn sie als bestehend sich ergäbe, verurtheilt werden. Eine „unentwickelte", eine versteckte, eine halbe Widerklage, in welcher nicht ein Anspruch auf Verurtheilung oder auf Feststellung der Gegenforderung läge, war dem römischen wie dem gemeinen und dem preußischen Prozesse fremd, sie war ihm ein unmöglicher Begriff, und sie ist auch ein unmöglicher Begriff.

Lehrreich ist in dieser Beziehung der oben (Seite 3) bereits citirte Plenarbeschluß des preußischen Obertribunals vom 8. April 1839. Er spricht dem Einwand der Kompensation die vermeintliche Sonderbeschaffenheit ab, daß er „aus dem Gebiete der Einreden ausgeschieden und nach eigenthümlichen Grundsätzen beurtheilt werden müsse;" der Umstand, daß die Kompensation in der Verfolgung einer Gegenforderung bestehe, hebe das Wesen derselben als Einwandes, d. h. des gesetzlichen Mittels, den Anspruch des Gegners auszuschließen, nicht auf; ganz verschieden von der Kompensation sei die Widerklage, die sowohl im Gegenstande, wie der Form nach als ein für sich bestehendes Rechtsverfahren erscheine; ihr Gegenstand sei zwar auch eine Gegenforderung des Verklagten, sie werde indeß nicht nothwendig und ausschließlich zum Zwecke der Abrechnung verfolgt, sondern zu dem Behufe, um sie unabhängig vom Anspruche des Gegners gegen diesen zu erstreiten, sie stehe und falle nicht, wie der Einwand der Kompensation, mit der Klage; der wesentliche Unterschied zwischen dem Einwande der Kompensation und der Widerklage trete auch in der Form und im Gange des Verfahrens hervor; Klage wie Widerklage, möchten sie aus demselben oder jede aus besonderem Rechtsgeschäfte hervorgehen, bildeten je einen für sich bestehenden Streit; in dieser Beschaffenheit der Widerklage hätten auch die Vorschriften der A.G.O. nichts geändert.

Das war der Standpunkt des gemeinen wie des preußischen Rechtes vor der C.P.O. Nun wird aber von Einigen behauptet, die Vorschriften der C.P.O. hätten der Einrede der Kompensation den Stempel einer unentwickelten Widerklage aufgedrückt.

Diese Meinung findet, wie sich alsbald zeigen wird, in der C.P.O. keine genügende Stütze.

Zweites Buch.

Gegenforderung in der Civilprozeßordnung.

---

§ 5. Uebersicht.

Die C.P.O. enthält mehrere Vorschriften, in denen sie von einer im Prozesse geltendgemachten Gegenforderung redet. Sie knüpft darin einmal an die Vorschriften der Preußischen Allgemeinen Gerichtsordnung an, welche der inkonnexen Gegenforderung eine andere Behandlung zu Theil werden läßt als der konnexen. Dann aber hat auch die Vorschrift des gemeinen[1]), des preußischen[2]) und des französischen[3]) Rechtes, welche — um chikanösen Prozeßverschleppungen durch Geltendmachen zweifelhafter Gegenforderungen zu steuern — Liquidität der Gegenforderung als Bedingung ihrer Zulässigkeit verlangt, eine merkbare Spur in der C.P.O. hinterlassen. Endlich räumt die C.P.O. der Neuerung, die sie überhaupt in den Prozeß mit Zulassung getrennter Verhandlungen und getrennter Urtheile (Theilurtheile) eingeführt hat, für den Kompensationsprozeß einen breiten Raum ein. So entstand eine Vermengung verschiedener Prinzipien. Da außerdem die Fassung der in Betracht kommenden Paragraphen der C.P.O. nicht klar und nicht nach allen Richtungen hin korrekt ist, so darf es Niemanden Wunder nehmen, daß tiefgehende Streitfragen entstanden sind und diametral entgegengesetzte Meinungen sich bekämpfen.

---

[1]) l. ult. C. d. comp. 4, 31: Ita compensationes objici jubemus, si causa, ex qua compensatur, liquida sit et non multis ambagibus innodata, sed possit judici facilem exitum sui praestare.

[2]) A.L.R. I. 16, § 359: Ist die Forderung des Einen sogleich klar, die andere aber wird vom Gegentheil noch bestritten, so findet die Kompensation nur insofern statt, als die bestrittene Gegenforderung ... sofort liquide gemacht werden kann.

[3]) c. c. art. 1291. La compensation n'a lieu qu'entre deux dettes ... qui sont également liquides et exigibles.

Der Hauptpunkt ist für uns, ob die C.P.O. den Satz des preußischen Prozeßrechts aufgenommen hat (oder ob sie ihn etwa als selbstverständlich unterstellt) nach welchem die Kompensationseinrede eine Widerklage in sich schließt, ohne daß der Kompensant seinem Willen, Widerklage zu erheben, Ausdruck giebt. Zur Bejahung dieser Frage neigen naturgemäß diejenigen hin, die früher unter der Herrschaft des preußischen Prozeßrechts gestanden haben. Anders ist die Stellungnahme derjenigen, denen bisher der Gedanke, man könne im Vorbringen einer Einrede zugleich von selbst die Erhebung einer Widerklage finden, ein fremder gewesen ist. So mag sich erklären, daß in den Kreisen der Juristen des Landrechtsgebietes leichter die Auffassung Eingang gefunden hat, die Kompensationseinrede enthalte auch im Sinne der C.P.O. prozessualisch mehr als eine bloße Einrede, während den gemeinrechtlichen Juristen die andere Auffassung näher liegt, die Kompensationseinrede sei prozessualisch nichts als eine Einrede, da die C.P.O. ihr nirgends mit direkten Worten einen andern Charakter beigelegt habe, solcher direkter Worte es aber bedürfe, um die in der A.G.O. klar und bestimmt festgestellte Widerklagenatur herüberzunehmen in das neue deutsche Prozeßrecht.

Die Stellen der C.P.O., in denen die Gegenforderung eine Rolle spielt, sind die §§ 136, 274, 491 und 293. Dieselben besagen:

1. Wenn der Beklagte eine Gegenforderung vorgebracht hat, welche mit der in der Klage geltendgemachten Forderung nicht in rechtlichem Zusammenhang steht, kann das Gericht anordnen, daß in getrennten Prozessen verhandelt werde (§ 136 Abs. 2);

2. ist von dem Beklagten mittels Einrede eine Gegenforderung geltend gemacht, welche mit der in der Klage geltend gemachten Forderung nicht in rechtlichem Zusammenhange steht, so kann, wenn nur die Verhandlung über die Forderung zur Endentscheidung reif ist, diese unter Trennung der Verhandlungen durch Theilurtheil erfolgen (§ 274);

3. neue Ansprüche dürfen (in zweiter Instanz) . . . erhoben werden, wenn mit denselben kompensirt werden soll, und wenn zugleich glaubhaft gemacht wird, daß die Partei ohne ihr Verschulden außer Stande gewesen sei, dieselben in erster Instanz geltend zu machen (§ 491 Abs. 2);

4. die Entscheidung über das Bestehen oder Nichtbestehen einer

mittels Einrede geltend gemachten Gegenforderung ist der Rechtskraft fähig, jedoch nur bis zur Höhe desjenigen Betrags, mit welchem aufgerechnet werden soll (§ 293 Abs. 2).

Betrachten wir diese Bestimmungen im Einzelnen.

§ 6. Getrennte Prozesse (§ 136 C.P.O.)

Die §§ 136 und 274 bezwecken, der aus l. ult. Cod. de compens. 4, 31 erwachsenen Streitfrage, inwieweit die Aufrechnung mit illiquiden Gegenforderungen beschränkt werden soll — einer Streitfrage, die sich durch das gemeine, das preußische[1]), wie das französische[2]) Recht bis zur Gegenwart hinzog — ihr Ziel zu setzen. Die Lösung der aufgetauchten Zweifel fand die C.P.O. darin, daß sie an die Unterscheidung des preußischen Prozesses zwischen konnexer (d. h. mit der Hauptforderung in rechtlichem Zusammenhang stehender) und inkonnexer Gegenforderung anknüpfte, aber zugleich auch in gewisser Beziehung dem Umstande Bedeutung beilegte, ob es sich gegenüber einer zur Endentscheidung reifen (also liquiden) Hauptforderung um eine noch nicht zur Endentscheidung reife (also illiquide) Gegenforderung handle. Die C.P.O. zog demnach sowohl das im preußischen Rechte betonte Moment der Konnexität als das in allen drei Rechtssystemen betonte Moment der Liquidität heran. Sie gab dabei dem einen wie dem andern Moment seine feste Begriffsbestimmung und legte dem einen wie dem andern Momente seine besondere in die eigenthümlichen Prozeßgestaltungen der C.P.O. passende Bedeutung bei. Die zur Verwendung gelangenden Prozeßgestaltungen waren die Trennung der Prozeßverhandlung und das Theilurtheil.

Die Trennung der Verhandlung erklärt der § 136, das Theilurtheil erklärt der § 274 auf den Rechtsstreit für anwendbar, in welchem eine Gegenforderung vorgebracht wird. In ihrer Vereinigung enthalten beide Paragraphen den Satz: inkonnexe Gegenforderungen können vom Gericht zu getrennter Verhandlung verwiesen werden; ist bei solchen inkonnexen zu getrennter Verhandlung verwiesenen Gegenforderungen die Hauptforderung liquid, so kann über die Hauptforderung durch Theilurtheil entschieden werden. So trat an Stelle der in allen drei Rechtssystemen bestehenden Pflicht

1) Eccius, Preuß. Pr.R. 7. Aufl. Bd. 1 S. 602.

2) Zachariä-Crome, Handb. des franz. Civilr. 8. Aufl. Bd. 2 S. 364. 365.

des Richters, illiquide Gegenforderungen zurückzuweisen, die Befugniß, die illiquiden zuzulassen, und weiter die Befugniß, über liquide Klagforderungen getrennt von den gegen sie erhobenen inkonnexen illiquiden Kompensationseinreden endlich zu entscheiden.

Die Verweisung inkonnexer oder illiquider Gegenforderungen in einen anderen Prozeß oder einen abgetrennten Theil des Prozesses enthält selbstverständlich eine sehr erhebliche Einschränkung des Rechtes, überhaupt im Prozesse durch eine Kompensationseinrede den Klaganspruch abzuwehren. Denn die Verweisung bedeutet, daß durch Geltendmachung der Gegenforderung die Geltendmachung der Hauptforderung nicht gehindert sei, daß also der Beklagte aus der Hauptforderung, wenn sie begründet erscheint, zur Zahlung verurtheilt und nöthigenfalls zwangsweis angehalten werden soll ohne Rücksicht auf die von ihm geltendgemachte Gegenforderung. Verwandelt aber die C.P.O. die bisherige Pflicht des Richters, die Gegenforderung zurückzuweisen, in eine bloße Befugniß, so ist damit den Interessen des Beklagten mehr gedient, als durch das frühere Prozeßrecht. Die dem Richter durch die C.P.O. gestattete freiere Bewegung ist also ein legislatorischer Fortschritt; sie ist gerechter als das unbedingte Gebot des bisherigen Rechtes. Auch mit inkonnexen illiquiden Gegenforderungen soll der Beklagte nach Ermessen des Richters gehört werden können. Bei konnexen Gegenforderungen ist das anders; für sie besteht der Zwang der Zulassung, auch wenn sie illiquid sind,[1]) man müßte denn die Vorschrift des bisherigen Rechts, daß durch Illiquidät die Kompensabilität gehindert wird, als Vorschrift des materiellen Rechts neben den Vorschriften der C.P.O. noch aufrecht erhalten wollen.

Dem richterlichen Ermessen giebt bei inkonnexen Gegenforderungen die C.P.O. eine doppelte Direktive. Der Richter kann nach dem „Vorbringen" einer inkonnexen Gegenforderung anordnen, daß Haupt- und Gegenforderung „in getrennten Prozessen" verhandelt werden (§ 136). Was die C.P.O. unter „Verhandlung in getrennten Prozessen" verstanden wissen will, sagt sie nicht, und es ist keines-

---

[1]) So auch v. Wilmowski und Levy, C.P.O. zu § 136 Note 1 (7. Aufl. S. 239); Eccius, Preuß. Pr.R. Bd. 1 (7. Aufl.) § 94 S. 602 Note 66 und die dort citirte Reichs.G.Plenar.Entsch. Entgegengesetzter Meinung unter Andern Schollmeyer, Komp.Einrede S. 37. — Siehe auch Motive (zu § 136) S. 134.

wegs von selbst klar, wie die verschiedenen Auffassungen ergeben, die der § 136 erfahren hat.

Zunächst sollte man meinen, daß die Verhandlung „in getrennten Prozessen" dasselbe sei, wie die Verweisung der Gegenforderung „zu besonderem Prozesse", d. h. ihre Ausscheidung aus dem durch die Klage veranlaßten Prozesse über die Hauptforderung. Dann würde sich für inkonnexe Gegenforderungen aus § 136 das nämliche Verfahren entwickeln, wie aus der Vorschrift des bisherigen Rechtes über illiquide Gegenforderungen oder aus der Vorschrift des § 33 C.P.O. über inkonnexe Widerklagen: die Anordnung getrennter Prozesse über Haupt- und Gegenforderung bedeutete die Abweisung des Beklagten mit seiner einredeweise oder widerklagend vorgebrachten Gegenforderung, mit andern Worten, sie bedeutete den Ausschluß der Kompensation im Prozesse der Hauptforderung. Es könnte bei dieser Auffassung nur noch in Frage kommen, ob der Prozeß über die Gegenforderung der Art abgetrennt wäre, daß er (wie im bisherigen Rechte der Prozeß über eine wegen Illiquidität zurückgewiesene Gegenforderung) im Gerichtsstand des Klägers als des nunmehrigen Beklagten, oder daß er in dem Gerichtsstand der Hauptklage auszutragen wäre. So weit scheint aber die C.P.O. nicht gehen zu wollen. Die Motive zu § 136[2]) sprechen sich freilich ebensowenig wie der Gesetzestext des § 136 selbst darüber deutlich aus. Nach den Motiven bezweckt der § 136, an Stelle der vom gemeinen Recht vorgeschriebenen „Verweisung illiquider Kompensationseinreden ad separatum" dem Gerichte die Befugniß einzuräumen, „nach freiem Ermessen die Verhandlung der Gegenforderung in einem getrennten Prozesse anzuordnen". Der Unterschied zwischen dem älteren und dem neuen Prozeßgesetze scheint hiernach nur darin liegen zu sollen, daß das, was das ältere Recht dem Richter zur Pflicht macht, nunmehr seinem Ermessen anheimgestellt werden soll. Es liegt sehr nahe, die Verhandlung der Gegenforderung in getrenntem Prozesse oder (wie der § 136 dasselbe ausdrückt), die Verhandlung von Haupt- und Gegenforderung in getrennten Prozessen, genau so zu verstehen, wie die gemeinrechtliche „Verweisung der Gegenforderung ad separatum". Das würde eine Verwerfung der Kompensationseinrede für den mit der Klage aus der Hauptforderung

[2]) Zu § 130 des Entwurfs. Motive S. 135.

eingeleiteten Prozeß und eine Bescheidung des Beklagten dahin bedeuten, es bleibe ihm überlassen, seine Gegenforderung in einem von ihm anzustrengenden neuen Prozeß zu verfolgen. Aber das will § 136 und das wollen die Motive nicht. Die letzteren besagen, daß sie unter der Befugniß der Anordnung, in getrennten Prozessen zu verhandeln, das von der C.P.O. allgemein dem Richter eingeräumte „Trennungsrecht" verstehen, und sie verweisen zur Erläuterung dieses Trennungsrechtes auf die „allgemeine Begründung §§ 6, 7, 8." Hier wird (S. 25 f.) kein Zweifel gelassen, daß die dem Richter gestattete „Trennung der Verhandlung und der Entscheidung" (wie die bei ungetrennter Verhandlung gestattete „Trennung der Entscheidung") nicht — gleich der bisherigen Verweisung ad separatum — die Entstehung mehrerer abgesonderten Prozesse zur Folge hat, sondern daß sie gedacht ist als eine Spaltung eines und desselben Prozesses in mehrere Abtheilungen.

Es geht daraus hervor, daß die Texteswort, die Verhandlung „in getrennten Prozessen" könne angeordnet werden, nicht scharf genug formulirt sind; unter getrennten Prozessen will § 136 die getrennten Verhandlungen eines und desselben Prozesses verstehen, nämlich die Verhandlung über die Klagforderung und die ihr ohne weitern Antrag, also von Amtswegen nachfolgende besondere Verhandlung über die Gegenforderung. Damit wird für den Kompensationsprozeß ein Analogon desjenigen Verfahrens geschaffen, welches die C.P.O. für nachträglich vorbehaltene, aber auf Grund des § 252 zurückgewiesene Vertheidigungsmittel und allgemein für den Wechselprozeß geschaffen hat: dem Beklagten ist im Urtheil die Ausführung seiner Rechte vorzubehalten; er wird zwar verurtheilt, aber der Rechtsstreit bleibt anhängig und die Verurtheilung ist durch nachträgliche Abweisung der nur vorläufig zugesprochenen Klage rückgängig zu machen (§§ 503, 562, 563). Zuzugeben ist allerdings, daß die C.P.O. besser gethan hätte, wie an anderen Stellen, auch in § 136 von getrennten Verhandlungen desselben Prozesses statt von getrennten Prozessen zu reden. Niemals kann aber aus dieser wenig glücklichen Wortfassung hergeleitet werden, die C.P.O. wolle bestimmen, daß der Antrag eines Beklagten, die Klage wegen entgegenstehender Kompensationseinrede zurückzuweisen, implicite den Antrag enthalte, die Existenz der Gegenforderung festzustellen oder gar die Aufrechnung

als vollzogen auszusprechen, mit anderen Worten, daß der Einredeantrag von selbst den Klagantrag für eine positive oder eine negative Feststellungsklage (quoad summam concurrentem) in sich schließe.[1]) „Die Partei, welche eine Gegenforderung im Wege der Kompensation" (genauer der Kompensationseinrede) „geltend macht, hat damit noch nicht ihren Willen ausgedrückt, auch nur eventuell eine Widerklage zu erheben".[2])

Also der § 136 verleiht in dieser Beziehung der Kompensationseinrede keinerlei anderen prozessualischen Charakter, als sie ihn früher hatte.

Der Gedanke des § 136 ist, daß es dem Richter freistehen soll, ob er inkonnexe Gegenforderungen, mögen sie einredlich oder mögen sie widerklagend geltend gemacht werden, mittels der die Klagforderung umfassenden Verhandlung oder ob er Klag- und Gegenforderung je mittels besonderer Verhandlung erledigen will. Nach dem in dieser Beziehung klaren Wortlaute des Gesetzes bezieht sich die letztere Befugniß nicht blos auf den Fall, wenn die Hauptforderung liquid und die Gegenforderung illiquid erscheint, sondern auch auf den umgekehrten Fall. Steht der illiquiden Klagforderung eine liquide auf Grund der Gegenforderung erhobene Widerklage gegenüber, so entspricht es der Absicht des Gesetzgebers, daß der Richter zur Widerklage soll verurtheilen können unter der Verweisung der Hauptklage zu getrennter Verhandlung. Nicht hat aber der Gesetzgeber die Befugniß gewähren wollen, auch bei einer auf die liquide Gegegenforderung gestützten Einrede — unter Vorbehalt der Rechte des Klägers aus der Hauptforderung — getrennt über die Einrede zu verhandeln und zu erkennen. Freilich läßt die Fassung des § 136 dies ebenfalls zu. Der Richter hat indeß keinen Anlaß bei liquider einredeweise geltend gemachter Gegenforderung die illiquide Hauptklage zu getrennter Verhandlung zu verweisen, da die liquide Gegenforderung eine Verschleppung des Prozesses überhaupt nicht herbeiführen kann. Verwiese der Richter gleichwohl die illiquide Hauptklage zu getrennter Verhandlung, so müßte sein

[1]) So nimmt Eccius a. a. O. S. 603 an, § 136 sagt davon aber nichts; er nennt nicht einmal „die vorgebrachte Gegenforderung" einen „Anspruch".

[2]) v. Wilmowski und Levy a. a. O. S. 240. Vergl. auch die unten am Schlusse des § 10 näher zu erörternde Entscheidung des Reichsgerichts Bd. 31 S. 1 ff.

Urtheil zur Kompensationseinrede auf Klagabweisung lauten, und es würde sich dann ergeben, daß für das nachträgliche Urtheil zur Hauptklage der Inhalt fehle; denn die Hauptklage bliebe mit Recht abgewiesen, möchte die Klagforderung sich in der getrennten Verhandlung als begründet oder unbegründet erweisen.[1])

Ein Erkenntniß, welches sich nach ergangenem klagabweisenden Vorerkenntnisse dahin ausspräche, daß der Beweis der Existenz der Hauptforderung geführt oder daß er nicht geführt sei, ein solches Erkenntniß wäre kein ordnungsmäßiges Nachtragserkenntniß. Und wollte man es dahin fassen: in Betreff der bereits erfolgten Klagabweisung werde nachträglich erkannt, daß diese Klagabweisung wegen Beweisfälligkeit des Klägers oder daß sie wegen Tilgung der Hauptforderung durch die Gegenforderung erfolge, so hieße das der erkannten Klagabweisung, bei welcher die Frage der Existenz der Hauptforderung dahin gestellt blieb, nachträglich eine andere Begründung geben. Um einer Aenderung der Entscheidungsgründe willen kann aber ein „getrennter Prozeß" niemals geführt werden. Es zeigt sich also, daß die Verweisung der illiquiden Klagforderung zu getrenntem Prozesse ein Fehler war. Der Prozeß über Haupt- und Gegenforderung mußte mit Abweisung der auf die illiquide Hauptforderung gestützten Klage sein definitives Ende finden, weil die liquide Kompensationseinrede durchschlug, mochte die Klagforderung bestehen oder nicht bestehen. Mit anderen Worten: die Beweisverhandlung über die Klagforderung war überflüssig; der Antrag des Klägers, den Beklagten zur Zahlung zu verurtheilen, war, nachdem die Gegenforderung zugestanden war, definitiv abzuweisen. Dabei war die Frage über die Existenz der Hauptforderung in den Gründen zwar unentschieden zu lassen, nicht aber war sie einer nachträglichen Entscheidung in dem durch diese Klage anhängig gemachten Prozesse, sondern einem anderen durch eine neue Klage einzuleitenden Prozesse vorzubehalten. Welchen Inhalt dieser letztere Prozeß haben mußte, wird sich später zeigen. So liefert der § 136 einen nicht zu unterschätzenden Beleg, daß im Sinne der C.P.O. es richtig ist, bei liquider Gegenforderung die auf Zahlung gerichtete Klage ohne Beweiserhebung über die Hauptforderung abzuweisen.

---

[1]) Ein solches fehlerhaftes Erkenntniß mit Nachtragserkenntniß liefert Nr. VI des Beilageheftes.

Es ist unbestreitbar, daß der § 136 solche Erkenntnisse seinem klaren Wortlaute nach zuläßt, da die in § 136 enthaltene Gestattung nachträglicher Erkenntnisse keineswegs (wie in den Fällen der §§ 502, 503, 562, 563) auf Entscheidungen über die „Vertheidigungsmittel" beschränkt ist; denn nach § 136 kann ganz allgemein, sobald eine inkonnexe Gegenforderung vorliegt, „in getrennten Prozessen" verhandelt werden, die erste Verhandlung kann sich also sowohl auf die Gegenforderung, wie auf die Hauptforderung beschränken, so daß die zweite (nachträgliche) Verhandlung im ersteren Fall den Hauptanspruch, im letzteren Falle den Gegenanspruch betrifft.

Hieran wird auch nichts geändert durch den Vorschlag der Kommission für das B.G.B., welche nach der „Denkschrift zum Entwurfe des B.G.B." [1]) den § 136 C.P.O. Abs. 2 dahin fassen wollte:

„Dasselbe gilt, wenn der Beklagte eine Widerklage erhoben hat, welche mit der in der Klage geltend gemachten Forderung nicht in rechtlichem Zusammenhange steht.

Macht der Beklagte die Aufrechnung mit einer Gegenforderung geltend, welche mit der in der Klage geltend gemachten Forderung nicht in rechtlichem Zusammenhang steht, so kann das Gericht anordnen, daß über die Klage und über die zur Aufrechnung gebrachte Gegenforderung getrennt verhandelt werde; die Vorschriften des § 274 finden Anwendung."

§ 7. Theilurtheil (§ 274 C.P.O.).

Die Befugniß, die neben der Befugniß aus § 136 der § 274 C.P.O. dem Richter bezüglich inkonnexer illiquider Gegenforderungen giebt, besteht darin, daß der Richter über die Hauptforderung soll entscheiden können, sobald sie zur Endentscheidung reif ist. Macht der Richter von dieser Befugniß Gebrauch, so sagt hier das Gesetz vollkommen deutlich, daß dadurch zwei getrennte Verhandlungen desselben Prozesses entstehen, daß also der Prozeß in zwei Stücke zerlegt wird.

Die Motive (S. 135) nennen mit Recht die Vorschrift des § 274 eine unabweisliche Konsequenz des § 136. Die Entscheidung über die Klagforderung darf auch dann getrennt erfolgen, wenn die Verhandlung über die Klagforderung bereits bis zum Schlusse ge-

---

[1]) Seite 459.

führt ist, ohne daß bisher aus § 136 durch richterlichen Beschluß die Trennung der Verhandlung über Klag- und Gegenforderung angeordnet war. Da man jedes der durch Endurtheil gebildeten Prozeßstücke einen „Theil“ des Prozesses nennen kann, so bezeichnet die C.P.O. auch im Falle des § 274 das über einen solchen Prozeßtheil ergehende Urtheil als „Theilurtheil“. Aber in einem anderen Sinne, als in demjenigen, in welchem der unmittelbar vorhergehende § 273 den Begriff des „Theilurtheils“ einführt. Nach § 273 trifft das Theilurtheil eine Endentscheidung 1. über einen von mehreren Klagansprüchen, 2. über einen Theil eines Klaganspruchs, 3. über die Klage unter Beiseitelassung der Widerklage, 4. über die Widerklage unter Beiseitelassung der Klage. In den ersten beiden Fällen wird gestattet, den Klaganspruch numerisch zu parzelliren und ihn durch mehrere Endurtheile statt durch ein Endurtheil zu erledigen. Im dritten und vierten Falle wird gestattet, die beiden Klagansprüche, die der Kläger und die der Beklagte je mit einer besonderen Klage (Haupt- und Widerklage) zulässigerweise in demselben Prozesse verfolgt, nicht, wie an sich geboten, durch *ein* Endurtheil zu erledigen, sondern durch *zwei* nach einander ergehende Endurtheile, von denen das eine auf die Klage, das andere auf die Widerklage ergeht, je nachdem die eine vor der anderen zur Endentscheidung reif erscheint. Das heißt, es soll erlaubt sein, die von den Parteien vereinten beiden Prozesse durch getrennte Erkenntnisse stückweise zu erledigen. Unter keinen dieser Fälle läßt sich der Fall des § 274 unterordnen. Hier handelt es sich um ein Endurtheil über die Klagforderung unter Beiseitelassung einer vorgeschützten *Einrede*. Niemals liegt darin eine stück- oder theilweise Erledigung der Klagbitte; denn die klaggemäße Verurtheilung oder die Klagabweisung ist eine volle Prozeßerledigung im Verhältniß zur Klagbitte. Es soll statthaft sein, den Beklagten mit seiner gegen die Klagforderung geltendgemachten *Kompensationseinrede* zu enthören, weil die Klagforderung feststeht, die Gegenforderung aber noch nicht feststeht. Das ist wiederum ein Rest des alten Satzes, daß illiquide Gegenforderungen zur Kompensation nicht verwendbar sind. Voraussetzung ist, wie beim § 136, Inkonnexität der Gegenforderung. Und Folge des Erlasses eines Theilurtheils aus § 274 ist die weitere Verhandlung über die inkonnexe illiquide Gegenforderung in demselben Prozesse, das heißt über den noch unerledigten „Theil“ des Prozesses,

(über die Frage, ob auch bei nunmehr eintretender Prüfung der Gegenforderung die Klagbitte berechtigt sei). Immer handelt es sich also noch um die Klage. Es erfolgt ein Schlußurtheil, welches die Einrede der Kompensation als unbegründet oder welches (unter Aufhebung des Theilurtheils) die Klage als durch die Einrede beseitigt abweist. Etwas Aehnliches kommt bei keinem der „Theilurtheile" des § 273 vor. Niemand würde daher im Urtheil über die Klagforderung, wenn es eine Einrede unerledigt läßt, überhaupt ein „Theil"=Urtheil sehen, wenn der § 274 nicht ein solches Urtheil — in Abweichung von der Begriffsbestimmung des § 273 — ausdrücklich als Theilurtheil bezeichnete. Auch die §§ 502, 503, 562, 563 reden in den analogen Fällen eines vorläufigen Urtheils über den Klaganspruch — unbeschadet der Einreden des Beklagten — nicht von einem Theilurtheil. Besser wäre darum wohl auch in § 274 das Wort Theilurtheil vermieden worden.[1])

Schneidet der § 273 den Prozeß mittels senkrechter Schnitte in verschiedene durch besondere Urtheile zu erledigende Stücke, so schneidet der § 274 (ebenso wie die §§ 502, 503, 562, 563) den Prozeß mittels eines wagerechten Schnittes in verschiedene Stücke. Das „Theil"=Urtheil des § 274 ist ein anomales Gebilde. Außerdem muß betont werden, daß es bei konnexer illiquider Gegenforderung nicht erlassen werden darf. Wenn es anders wäre, so würde den Beklagten seine Gegenforderung, obwohl sie mit der Klagforderung konnex ist und deshalb nicht zu getrenntem Prozesse verwiesen werden kann (§ 136 C.P.O.), nicht davor schützen, auf Grund der Hauptforderung zu deren Zahlung gezwungen zu werden. Damit verlöre die Kompensation in häufigen Fällen ihren Werth. Bei Inkonnexität der Gegenforderung hält die C.P.O. einen gleichen Schutz nicht für angebracht; sie gestattet die Verweisung der illiquiden inkonnexen Gegenforderung zu besonderer Verhandlung und ermöglicht damit die Pfändung des Beklagten aus der Klagforderung, führt also unter Umständen mindestens zeitweis „zur Verkümmerung des materiellen Kompensationsrechts des Beklagten".[2]) Dies ist eine von der C.P.O. beabsichtigte Folge[3]) der Bevorzugung einer konnexen Gegenforderung vor einer inkonnexen; dem Inhaber der letzteren bleibt nur übrig,

[1]) Vergl. auch Leonhard, Aufrechnung S. 157.

[2]) v. Wilmowski und Levy zu § 136 a. E. (7. Aufl. S. 241).

[3]) Motive S. 135.

sich im Wege des Arrestes oder unter Darlegung unersetzlicher Nachtheile oder durch Sicherheitsleistung (§§ 650, 651 C.P.O.) vor der Vollstreckung des Theilurtheils zu sichern, durch das die Klagforderung zugesprochen wird.

Die erforderliche Korrektur der Fassung des § 274 C.P.O. hatte der Entwurf eines Einführungsgesetzes zum B.G.B.[1]) im Art. 11 vorgesehen und in den Motiven dazu[2]) klar ausgesprochen, daß, „wenn die Voraussetzungen des § 274 vorhanden seien, ein Theilurtheil nicht erlassen werden könne"; der von jenem Entwurfe und ebenso in der Denkschrift zum B.G.B.[3]) neu redigirte § 273 C.P.O. beschränkt sich deshalb sachgemäß darauf zu sagen, daß bei liquider Klagforderung die „Entscheidung" über dieselbe „unter Vorbehalt der Entscheidung über die Aufrechnung erfolgen könne".

Mit der Frage, ob die Kompensationseinrede im Sinne der C.P.O. eine versteckte oder nicht versteckte Widerklage enthalte, hat der § 274 so wenig wie der § 136 etwas zu schaffen. Im Gegentheil spricht der Umstand, daß nach § 274 nur bezüglich der liquiden Klagforderung, nicht auch bezüglich der Gegenforderung, ein Theilurtheil statthaft sein soll, klar dafür, daß eine einredeweise geltendgemachte Gegenforderung nach Auffassung der C.P.O. keine Widerklage ist. Denn wäre sie eine Widerklage, so wäre schon nach § 273 das Theilurtheil des § 274 zulässig, es wäre aber auch, sobald die Gegenforderung zur Endentscheidung reif ist, nach § 273 geboten. Dies Gebot des § 273 hat noch Niemand auf die einredeweise geltendgemachte Gegenforderung bezogen; ebenso hat noch Niemand die Zulässigkeit eines Theilurtheils über die Gegenforderung aus § 274 für den Fall hergeleitet, daß die Gegenforderung, nicht aber die Klagforderung spruchreif ist. Danach muß in letzterem Falle der Ausschluß eines Theilurtheils gefolgert werden; der § 274 will nur in beschränktem Maße den Fall, in welchem der liquiden Klagforderung eine noch nicht liquide einredeweise geltendgemachte Gegenforderung entgegensteht, analog dem anderen Falle behandelt wissen, wenn es sich um einen zur Endentscheidung reifen unter mehreren Klagansprüchen oder um einen zur Endentscheidung reifen Theil des Klaganspruchs handelt: im Kompensationsprozesse sollen Haupt-

[1]) Amtliche Ausgabe. Berlin und Leipzig. 1888. S. 3.

[2]) Das. S. 73.

[3]) Seite 463.

forderung und Gegenforderung soweit als Theile eines Prozesses gelten, daß über die Hauptforderung, wenn nur sie zur Endentscheidung reif ist, durch Theilurtheil entschieden werden kann. Die einredeweise Geltendmachung der Gegenforderung bewirkt also, daß die Hauptforderung als Prozeßtheil erscheint, nicht aber gilt ebenso die einredeweise Geltendmachung der Gegenforderung als Prozeßtheil, und zwar um deswillen nicht, weil die Gegenforderung nur dann mittels Anspruchs verfolgt wird, wenn sie als Widerklage auftritt. Die Vorschrift des § 274 im Verhältniß zu § 273 beruht also gerade darauf, daß die Kompensationseinrede in entschiedenem Gegensatze zu der mittels Widerklage verfolgten Gegenforderung steht.

§ 8. Kompensationsansprüche in zweiter Instanz (§ 491 C.P.O.).

Wie jede Geltendmachung einer Forderung die Erhebung eines Anspruchs in sich schließt, so macht auch der Kompensant in seiner Gegenforderung einen Anspruch geltend. Die einredeweise geltendgemachte Kompensation schließt deshalb aber noch keinen Klaganspruch in sich; sie erscheint vielmehr als ein zur Vertheidigung verwendeter Anspruch. Dasselbe gilt von der Retention: wer wegen Aufwendungen im Betrage von 1000 die Herausgabe eines Grundstücks im Prozesse ablehnt, macht einen „Anspruch" auf 1000 geltend, aber lediglich im Wege der Vertheidigung. Der als Vertheidigungsmittel geltendgemachte Kompensationsanspruch soll nach § 491 C.P.O. in zweiter Instanz neu geltendgemacht werden dürfen, obwohl sonst die Geltendmachung „neuer Ansprüche" in zweiter Instanz nicht gestattet ist. Da diese Ausnahme auf „neue Ansprüche" beschränkt ist, „mit denen kompensirt werden soll", so ist in zweiter Instanz die Geltendmachung einer Gegenforderung mittels Widerklage durch § 491 nicht gestattet;[1]) denn unter einem Anspruch, mit welchem kompensirt werden soll, kann nie ein Widerklaganspruch gemeint sein. Wird auf Grund einer Gegenforderung Widerklage erhoben, so bedeutet das, daß der Beklagte nicht kompensiren, sondern daß er den Kläger zur Zahlung verurtheilt haben will.[2]) Aller=

[1]) Das Gegentheil behauptet irrig Osann, Beiträge zur Behandlung der Komp.Einr. in der C.P.O. S. 1. Vergl. auch v. Wilmowski und Levy C.P.O. zu § 274 Note 1. 7. Aufl. S. 491—492.

[2]) Siehe oben Seite 42.

dings bezeichnet der § 491 mit einem wenig glücklichen Ausdruck das Geltendmachen einer Kompensationseinrede als „die Erhebung eines Anspruchs, mit welchem kompensirt werden soll“, daraus folgt indeß keineswegs, daß nach Auffassung des Gesetzgebers in der Kompensationseinrede die Erhebung einer Widerklage enthalten sei. Für diesen Satz läßt sich der § 491 nicht verwerthen.

Um aber jeden Zweifel, den man aus den bedenklichen Worten des § 491 herleiten könnte zu heben, hatte auch hier der Entwurf des Einf.Ges. zum B.G.B.[1]) und die Denkschrift zum Entw. eines B.G.B.[2]) eine Fassungsänderung dahin vorgeschlagen, daß, „wenn vom Beklagten die Aufrechnung mit einer Gegenforderung“ neu in zweiter Instanz geltendgemacht wird, „die hierauf gegründete Einwendung“ regelmäßig zurückzuweisen und daß dies Urtheil unter Vorbehalt der Geltendmachung des Vertheidigungsmittels nach Maßgabe der §§ 502, 503 C.P.O. zu erlassen sei.[3])

Keiner der §§ 136, 274, 491 weist also der Kompensationseinrede irgendwie die Nebeneigenschaft einer Widerklage zu, und sämmtliche zu diesen Paragraphen gelegentlich der Revision der C.P.O. geplanten Abänderungen wollen gerade alles das ausmerzen, worauf die Gegner der hier vertretenen Meinung die Behauptung zu stützen versuchen, die C.P.O. sehe im Vorbringen einer Kompensationseinrede mehr als eine Einrede.

§ 9. Rechtskraft der Entscheidung über die Gegenforderung (§ 293 C.P.O.).

Die Vertheidiger der besonderen prozessualischen Natur der Kompensationseinrede berufen sich außer auf die §§ 136, 274, 491 C.P.O. weiter noch auf den § 293 und glauben darin einen Beleg zu finden, daß der Kompensant ein Recht habe, in dem mit der Klage seines Gegners eingeleiteten Prozeß eine Entscheidung zu verlangen, ob seine Gegenforderung durch Aufrechnung verbraucht oder

---

[1]) S. 467.

[2]) S. 7.

[3]) Aus dieser neuen Gestaltung des § 491 geht hervor, daß die Kommission den § 491 Abs. 2 im oben erläuterten Sinne auffaßt. Dazu stimmt es nicht, wenn jetzt Geib in der Ztschr. f. deutschen C.Pr. Bd. 22 S. 540 ff. die Komp.Einr. überhaupt nicht unter den Abs. 2, sondern unter den Abs. 1 stellen und den Abs. 2 ausschließlich auf die Widerklage beschränken will.

nicht verbraucht sei, und daß ein Erkenntniß, welches bei liquider Gegenforderung die auf eine illiquide Hauptforderung gestützte Klage ohne Beweiserhebung zurückweise, den Beklagten fehlerhafterweise um seine Gegenforderung bringe, wenn die Hauptforderung in Wirklichkeit nicht bestehe.

Der § 293 C.P.O. bestimmt in Absatz 1:

„Urtheile sind der Rechtskraft nur insoweit fähig, als über den durch die Klage erhobenen Anspruch entschieden ist.“

Wie weit ist über den auf Zahlung einer Summe erhobenen Anspruch entschieden, wenn das Urtheil des Richters lautet: die Klage wird abgewiesen, weil — mag die streitige Klagforderung begründet oder nicht begründet sein — zufolge der unstreitigen Einrede des Beklagten die Klagbitte ungerechtfertigt erscheint?

Mit ihrem Ausspruch in § 293 ist die C.P.O. der Theorie Savigny's, die in den gemeinrechtlichen Landestheilen vielfach Wurzel gefaßt hatte, entgegengetreten: die Rechtskraft sollte nicht, wie Savigny lehrte, über den Klaganspruch hinaus, so weit die elementaren Entscheidungsgründe reichten, sondern nur soweit eintreten, als das Urtheil reichte.

Das im Gesetz eingeschaltete „Nur“ ist die Hauptsache des § 293. Dadurch sollte die zwischen der gemeinrechtlichen und preußischrechtlichen Praxis schwebende Streitfrage zu Gunsten der letzteren Praxis entschieden werden. Keineswegs lag es zugleich in der Absicht des Gesetzgebers, etwa eine Bestimmung zu schaffen, derzufolge die Urtheile einen anderen Inhalt haben sollten als früher. Eine Vorschrift, es müsse für die Zukunft jedes Urtheil sich darüber aussprechen, ob z. B. der Vertrag, aus welchem geklagt wird, bestehe oder nicht bestehe, oder anders ausgedrückt: Urtheile, welche die Existenz des der Klage zu Grunde gelegten Vertrags dahin gestellt ließen, weil eine bereits liquide Einrede durchschlage, sollten fernerhin unzulässig sein, giebt § 293 nicht. Ebensowenig will § 293 etwa Urtheile ausschließen, welche — wie z. B. in dem oben[1]) berührten Falle einer aus einem Mandate, eventuell aus einer Geschäftsführung erhobenen Klage — dem Antrage des Klägers gemäß verurtheilen, indem sie die Streitfrage, ob ein Mandat vorliege, dahin gestellt sein lassen, weil der Beklagte, wenn es an dem Man-

[1]) Siehe Seite 18. 19.

date fehle, doch aus der Geschäftsführung hafte. In letzterem Falle erfahren die Parteien nicht, ob der Beklagte Mandatar oder nur Geschäftsführer des Klägers ist, in ersterem Falle erfahren sie nicht, ob die Klagforderung an sich unbegründet oder ob sie durch die Einrede getilgt ist; die Entscheidungsgründe treten dort wie hier in alternativer Fassung auf. Was die Parteien aber mit Sicherheit erfahren, ist, daß in jenem Falle der „Anspruch" des Klägers, der Beklagte habe auf Grund des unstreitigen Thatbestandes dem Kläger den eingeklagten Betrag zu zahlen, begründet, daß aber in diesem Falle der nämliche „Anspruch" des Klägers nicht begründet ist. In beiden Fällen erwächst aus dem Urtheile, wenn es die Rechtskraft beschreitet, gegenüber jeder anderweiten auf den nämlichen Thatbestand gegründeten, auf Zahlung gerichteten Klage die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache.

Das Wesentliche in § 293 ist die Beseitigung der mannigfach praktisch gewordenen Lehre Savigny's. Was Savigny wollte, hat die theroretische Wahrheit, was die C.P.O. will, hat die praktische Wahrheit für sich. Wer 10 von 500 einklagt und, weil er seine Forderung nicht beweisen kann, abgewiesen wird, dem kann, wenn er mit neuer Klage 490 einklagt, logisch entgegengehalten werden: um die zuerst geforderten 10 beanspruchen zu können, war der Beweis nöthig, daß du 500 zu fordern hast; ist dir dieser Beweis mißlungen, so ergiebt sich, daß du überhaupt nicht 500, also auch nicht den übrigen nicht eingeklagten Theil dieser 500, nämlich die jetzt eingeklagten 490 zu fordern hast. Wozu das doppelte Beweisverfahren über die Existenz der Forderung von 500? Aber der Grund, weshalb im ersten Prozesse der Beweis der Forderung von 500 nicht geführt ist, kann nicht blos der sein, daß Kläger den Beweis nicht zu führen vermochte, sondern auch der, daß er ihn nicht führen wollte, vielleicht weil ihm solches bei dem geringen Objekte der 10 M. nicht der Mühe werth war. Ist dann die Folgerung gerechtfertigt, daß überhaupt der Beweis des Bestehens der auf 500 sich belaufenden Gesammtforderung nicht zu erbringen gewesen sei? Und läßt sich umgekehrt derjenige, der auf 10 von 500 verklagt wird, ohne Widerspruch zu 10 verurtheilen, dann kann er sich dazu nicht blos veranlaßt sehen, weil er 500 schuldet, sondern auch weil er um 10 nicht prozessiren will. Dieser praktische Gesichtspunkt führte dahin, die Wirkung der Rechtskraft auf den jeweilig erhobenen

Anspruch zu beschränken, so im früheren preußischen Prozeß, wie im deutschen Reichsprozeß. Was die Entscheidungsgründe außerhalb der vom erhobenen Anspruch gesetzten Grenzen aussprechen, beschreitet nicht die Rechtskraft.

„Rechtskräftig wird nicht die in einem Prozesse über eine streitig gewordene Frage getroffene Entscheidung, sondern die über den erhobenen Anspruch getroffene Entscheidung; damit hat im bewußten Gegensatze zu der im gemeinen Recht herrschend gewordenen Ansicht die Rechtskraft auf den durch den Klagantrag erhobenen Anspruch beschränkt werden sollen." [1])

Bei einer Forderungsklage, die auf Verurtheilung zur Zahlung gerichtet ist, ergeht also eine der Rechtskraft fähige Entscheidung nicht dahin, daß die Klagforderung entstanden oder nicht entstanden, sondern dahin, daß aus der vom Kläger geltendgemachten Klagforderung der Beklagte zu zahlen schuldig oder nicht schuldig sei, oder mit andern Worten, daß die Klagforderung gegenwärtig (zur Zeit der Urtheilsfällung) bestehe bzw. nicht bestehe.

Um zu ermitteln, was im einzelnen Falle betreffs des erhobenen Anspruchs entschieden ist, muß indeß immer untersucht werden, was der Richter hat entscheiden wollen. Dieser Willen spricht sich nicht ausschließlich in der Urtheilsformel aus, sondern auch in deren Gründen; sie sind also zum Verständniß dessen, worüber entschieden ist, mitheranzuziehen.

Wer die Zahlung von 100 fordert und mit diesem Anspruch, weil eine Einrede entgegensteht, unter Ablehnung der Entscheidung der Frage abgewiesen ist, ob die Klagforderung zur Entstehung gelangte oder nicht, kann diese Forderung ebensowenig nochmals klageweise verfolgen, wie der, welcher abgewiesen ist, weil seine Klagforderung nicht zur Entstehung gelangte: das Urtheil stellt ein für allemal fest, daß zur Zeit seines Erlasses der Kläger nicht berechtigt ist, aus der klagend behaupteten Forderung 100 zu beanspruchen. Die verschiedene Begründung der Entscheidung hat aber doch nach einer Richtung hin ihre große Bedeutung für den Umfang der Rechtskraft. Ein Urtheil, das ausspricht: nach dem feststehenden oder festgestellten Einredevorbringen ist die Klage unbegründet, mag

[1]) Erk. des ReichsG. vom 18. April 1893. (Jurist. Wochenschrift 1893. S. 267).

die Klagforderung niemals zur Existenz gelangt oder mag sie zwar zur Existenz gelangt, aber durch die Einrede getilgt sein, schließt nicht aus, die vor dem Erlasse des Urtheils oder vor Entstehung der Einrede zur Existenz gelangte Forderung prozessualisch geltend zu machen, soweit das anderweit geschehen kann, als durch Erhebung des Anspruchs, die Forderung bezahlt zu erhalten. Hier steht die exceptio rei judicatae nicht entgegen.

Dies tritt nicht etwa blos in Fällen ein, in denen es sich um eine liquide Kompensationseinrede gegenüber einer illiquiden Klagforderung handelt. Es kann vielmehr ebenso vorkommen, wenn es sich um eine illiquide Kompensationseinrede neben einer liquiden anderen Einrede handelt. Folgendes Beispiel mag zur Klarlegung dienen.

Dem im Jahre 1896 erhobenen Anspruche auf Rückzahlung eines am 1. April 1893 gegebenen Darlehns von 100 setzt der Beklagte nach Bestreiten der Klagthatsachen entgegen: „Eventuell ist die Forderung getilgt, und zwar 1. durch Kompensation. Ich habe dem Kläger am 1. Oktober 1893 Waaren für 100 auf käufliche Bestellung geliefert. Bereits im Mai 1894 hat der Kläger von mir Rückzahlung der angeblich dargeliehenen 100 verlangt; ich habe ihm darauf am 1. Juni 1894 geschrieben, daß ich mich nicht erinnern könne, ob er mir 100 dargeliehen hätte, ich wolle erst in meinen Büchern nachsehen, einstweilen erkläre ich aber schon jetzt mit meiner Kaufgeldforderung von 100 gegen die Darlehnsforderung, wenn sie bestehe, aufrechnen zu wollen. 2. Die Klagforderung ist aber weiter auch durch Verzicht erloschen. Im August 1894 hat mir der Kläger den hiermit vorgelegten Schein ausgestellt, in welchem er erklärt, auf alle Forderungen, die er etwa aus unserem Geschäftsverkehr habe, verzichten zu wollen. Ich habe entgegnet, daß ich den Verzicht annehme.“ Der Kläger bestreitet sämmtliche Einredethatsachen unter 1, die unter 2 giebt er zu.

Hier ist die Klage ohne Beweiserhebung auf Grund der feststehenden Einrede des Verzichts abzuweisen. In den Gründen wird auszuführen sein: auf den Beweis der streitigen Klagforderung komme es ebensowenig, wie auf den Beweis der Gegenforderung an, da der allgemeine Verzicht auf alle Forderungen des Klägers, die vor dem August 1894 entstanden seien, den Antrag des Klägers, den Beklagten zur Zahlung zu verurtheilen, ausschließe; ob das in

der Klage bezeichnete Darlehn dem Beklagten gegeben und ob die Gegenforderung auf Kaufgeld entstanden sei, könne deshalb dahin gestellt bleiben.

Dies Urtheil entscheidet, daß der Anspruch des Klägers als Darleihers auf Zahlung (gegenwärtig) nicht zu Recht besteht; es erkennt diesen Anspruch dem Kläger definitiv ab. Nicht aber entscheidet das Urtheil darüber, ob vor dem Verzicht des August 1894 der Kläger 100 aus Darlehn vom Beklagten zu fordern gehabt habe. Soweit diese Frage zwischen denselben Parteien noch von Erheblichkeit werden kann (ungeachtet der definitiven Aberkennung eines gegenwärtigen Anspruchs des Klägers auf Zahlung der 100 aus dem Darlehn), soweit kann die Darlehns-Forderung in einem neuen Prozesse Gegenstand des Streites werden. Diese Möglichkeit tritt ein, wenn etwa der Beklagte die den Gegenstand seiner ersten Einrede bildende, im bisherigen Prozesse unbeachtet gebliebene Gegenforderung einklagt. Gesetzt dies geschieht, so ist der nunmehrige Beklagte (der frühere Kläger) berechtigt, — etwa unter Eingeständniß der Klagforderung — seine Darlehnsforderung als Gegenforderung geltend zu machen und zu sagen: „In dem früheren Prozesse ist zwar entschieden, daß meine Darlehnsforderung durch Verzicht im August 1894 erloschen sein würde, wenn sie damals noch bestand. Sie bestand aber damals nicht mehr; denn sie war durch die briefliche Erklärung des jetzigen Klägers gegen dessen Klagforderung (die Kaufgeldforderung) schon im Juni 1894 aufgerechnet. Dieser Aufrechnung zufolge ist die jetzt eingeklagte Kaufgeldforderung getilgt." Nunmehr kommt es zu einem Beweisverfahren über die vom Kläger replicando geleugnete Darlehnsforderung; erbringt der Beklagte den Beweis, so wird der Kläger abgewiesen, weil seine Kaufgeld-Forderung bereits im Juni 1894 durch Aufrechnung getilgt war. Dies Urtheil hat neben dem früheren Urtheil seine volle Bedeutung. Es entscheidet die für den früheren Prozeß mit Recht dahin gestellt gebliebene, für den gegenwärtigen Prozeß aber erheblich gewordene Frage, ob die Darlehnsforderung zur Entstehung gelangt und ob demnach der Klaganspruch wegen der im Juni 1894 erklärten Aufrechnung unbegründet war.

Das Gleiche tritt ein, wenn in dem gesetzten Beispiele der Beklagte sich auf die Einrede des Verzichts beschränkt und mittels derselben die rechtskräftige Abweisung der Klage erreicht hätte.

Klagte er dann nachträglich aus seiner Gegenforderung (der Kaufgeldforderung), so würde sich der nunmehrige Beklagte (der frühere Kläger), obwohl durch das ergangene Urtheil die Darlehnsforderung auf Grund des Verzichts vom August 1894 definitiv abgewiesen ist, darauf berufen können, gegen das eingeklagte Kaufgeld sei im Juni 1894 das Darlehn aufgerechnet.[1]) Der Umstand, daß Jemand — vielleicht in Unkenntniß einer bereits erfolgten Kompensation — seine Forderung einklagt und den Prozeß auf Grund einer Einrede des Verzichts verliert, kann ihn nicht des Rechtes berauben, sich mit der erfolgten Kompensation zu schützen, wenn er nachträglich aus der Gegenforderung belangt wird.

Damit erscheint der Beweis erbracht, daß ein Urtheil, das den aus einer Forderung erhobenen Anspruch auf Zahlung zurückweist, nicht etwa unbedingt die Verwendung jener Forderung im Wege der Kompensationseinrede ausschließt.

Die analoge Sachlage kann in Beziehung auf eine Gegenforderung eintreten, wenn das klagabweisende Urtheil zwar das Entstandensein der Hauptforderung und das Entstandensein der Gegenforderung feststellt, aber unentschieden läßt, ob die Aufrechnung vollzogen oder nicht vollzogen sei.

Dies gilt für den sehr einfach liegenden Fall,[2]) daß es sich um eine liquide Klage und eine liquide Kompensationseinrede, verbunden mit einer liquiden Einrede des Verzichts handelt. Man unterstelle, ein aus Darlehn auf Zahlung von 100 Belangter erklärt der Klage gegenüber, die er einräumt: „Die Klagforderung ist erloschen 1. durch Kompensation: im vorigen Monat hat Kläger Waaren für 100 von mir käuflich geliefert erhalten, und ich schrieb ihm alsbald, daß ich den Kaufpreis gegen das Darlehn aufrechne; 2. durch Verzicht: im vorigen Monat hat mir Kläger erklärt, er wolle mir Alles, was ich ihm schulde, erlassen; ich habe alsbald diesen Erlaß dankend angenommen". Gesetzt der Kläger räumt die Einredebehauptungen sämmtlich ein und beide Parteien wollen oder können nähere Zeitangaben nicht machen, so ist nicht zweifelhaft, daß die Klage als unbegründet abgewiesen werden muß. Die Entscheidungsgründe können nur lauten: der Anspruch des Klägers auf Zahlung von 100 ist als getilgt anzusehen, nachdem der Kläger sowohl zugegeben,

[1]) Siehe Beilageheft unter VIII 1. — [2]) Das. VII.

daß im vorigen Monat der Beklagte mit einer unstreitigen Gegenforderung aufgerechnet, als daß er, der Kläger, gleichfalls im vorigen Monat auf alle seine Forderungen gegen den Beklagten verzichtet hat. Ob die Tilgung der Klagforderung durch Aufrechnung oder durch Verzicht erfolgt ist, kann nach Lage der Sache in diesem Prozesse nicht entschieden werden. Die Tilgung würde, da die Gegenforderung unbestritten geblieben ist, also feststeht, durch Aufrechnung eingetreten sein, wenn die Aufrechnungserklärung des Beklagten der Verzichtserklärung des Klägers zeitlich voranging. Inwiefern dies der Fall, lassen die Parteiverhandlungen nicht erkennen. Es bedarf auch darüber keiner Aufklärung, da im einen wie im anderen Falle die Klagforderung erloschen ist, also bereits gegenwärtig die Sache zur Endentscheidung reif erscheint.

Geht ein solches Urtheil in Rechtskraft über, so ist dadurch zwar entschieden, daß die eingeklagte Darlehnsforderung nicht mehr besteht, es ist auch ferner, wie demnächst erörtert werden wird, ausweislich der Gründe entschieden, daß die Gegenforderung zur Existenz gelangt ist, nicht aber ist entschieden über die durch etwaige Aufrechnung erfolgte Tilgung der Gegenforderung. Demnach kann der Beklagte ungehindert durch das Urtheil mit seiner Gegenforderung als Kläger auftreten. Der Gegner wird gegen diese Klage geltend machen, daß der Kläger ihm erklärt habe, seine Klagforderung gegen die Darlehnsforderung aufrechnen zu wollen; folglich sei die Klagforderung erloschen. Dem kann replikalisch der Kläger entgegenhalten: diese kompensationsweise Erlöschung sei nicht eingetreten, da vor jener Aufrechnungserklärung der Beklagte auf alle seine Forderungen verzichtet habe. Die Priorität des Verzichtes zu beweisen liegt dann dem Kläger ob. So kommt in diesem zweiten Prozesse die für den ersten Prozeß gleichgültige Frage nach der zeitlichen Aufeinanderfolge der Aufrechnung und des Verzichtes zum Austrage.

Eine Eigenthümlichkeit hinsichtlich der Rechtskraft hat aber die im Prozesse erfolgende Beurtheilung einer Gegenforderung: die Entscheidung

> „über das Bestehen oder Nichtbestehen einer mittels Einrede geltendgemachten Gegenforderung ist der Rechtskraft fähig bis zur Höhe des Betrages, mit welchem aufgerechnet werden soll."

So sagt der Abs. 2 des § 293. Das ist eine Ausnahme von dem

allgemeinen Satz der C.P.O., daß Urtheile nur insoweit der Rechtskraft fähig sind, als über den mit der Klage oder Widerklage erhobenen Anspruch entschieden ist. Die bezüglich der Kompensationseinrede zugefügte Ausnahme nähert sich in gewissem Sinne der Auffassung Savigny's, deckt sich aber nicht mit ihr. Wird im Prozesse über das Bestehen oder Nichtbestehen einer im Wege der Einrede geltendgemachten Gegenforderung entschieden, so verwirklicht sich diese Entscheidung nicht in der Urtheilsformel; denn die Urtheilsformel spricht sich nur über die Klagbitte aus; gleichwohl soll das in den Entscheidungsgründen liegende Befinden des Richters über das Bestehen oder Nichtbestehen der Gegenforderung in Rechtskraft übergehen.[1]) Obwohl in der Geltendmachung einer Kompensationseinrede nicht eine „Widerklage", nicht ein „Anspruch" auf Verurtheilung des Klägers zur Tilgung der Gegenforderung liegt, soll doch die Entscheidung über die Grundlage der erhobenen Einrede in Rechtskraft übergehen. Deutlicher kann kaum ausgedrückt werden, daß im Sinne der C.P.O. die einredeweise Geltendmachung einer Gegenforderung etwas Anderes ist als die Erhebung eines Anspruchs oder einer Widerklage auf Zuerkennung der Gegenforderung. Wäre die Einrede der Gegenforderung zugleich die Erhebung eines solchen Anspruchs, so verstände sich das, was Abs. 2 des § 293 bestimmt, von selbst; der Absatz müßte als in Abs. 1 bereits enthalten, gestrichen werden.

Daß der Abs. 2 des § 293 gerade den ausnahmsweisen Fall einer Rechtskraft der Entscheidungsgründe im Auge hat, ergiebt unzweideutig die Begründung des Entwurfs der C.P.O. Dort heißt es[2]): „Sollte die Rechtskraft von der Aufnahme der Entscheidung in die Urtheilsformel abhängig gemacht werden, so würde man einem übertriebenen Formalismus huldigen. Zur Beseitigung der preußischen und französischen Praxis wird daher bestimmt, daß eine der Rechtskraft fähige Entscheidung auch an einer anderen Stelle des Urtheils, namentlich in den Entscheidungsgründen, ausgesprochen werden kann.[3]) . . . Nicht ist es erforderlich

[1]) So jetzt auch Geib, Archiv f. civ. Pr. Bd. 85 S. 185: „der Sache nach handelt es sich immer nur um einen künstlich rechtskräftig gemachten Entscheidungsgrund".

[2]) Hahn, Materialien II 1, S. 292.

[3]) Nordd. Ent. § 359 Abs. 4.

über die Bedeutung der Entscheidungsgründe für die Feststellung des Sinnes und Umfanges der Entscheidung (im Uebrigen) eine Bestimmung aufzunehmen; denn ganz allgemein ist anerkannt, . . . daß auf die Entscheidungsgründe zurückgegangen werden muß, um die wahre Bedeutung der Entscheidung festzustellen".[1])

Die Ausnahme des Abs. 2 ist aber — weil sie eine Ausnahme sein soll — im strengen Sinne zu nehmen. Nur insofern ist zunächst etwas Singuläres anerkannt, als es sich um eine Kompensationseinrede handelt,[2]) nicht etwa auch um eine Retentionseinrede. Der Retinent macht gegenüber einem auf Herausgabe einer körperlichen Sache gerichteten Klage zwar eine Forderung geltend, die ihn berechtigen soll, die Sache fernerhin zu behalten, das ist aber etwas Anderes als das Geltendmachen einer „Gegenforderung" im Sinne des § 293 Abs. 2. Entscheidungsgründe also, welche das Bestehen oder Nichtbestehen einer Retentionsforderung feststellen und deshalb die Klage abweisen, beschreiten nicht die Rechtskraft in Betreff der Existenz der Retentionsforderung, obwohl sie gerade wie bei der Klagabweisung auf Grund einer Kompensationseinrede ein Urtheilselement bilden. Der Grund liegt in der großen Verschiedenheit der Kompensations- und der Retentionseinrede. Bei der Retentionseinrede ist für ihre Wirkung die Höhe der Retentionsforderung gleichgültig. Der Beklagte, der auf die ihm abgeforderte Sache 100 M. nützlich verwendet hat, kann wegen dieser Forderung ebensogut Klagabweisung erzielen, wie wenn er 1 M. verwendet hat. Ueber die Höhe der Retentionsforderung zu streiten haben also in diesem Prozesse die Parteien keinerlei Anlaß. So sehr es zweckmäßig ist, bei der Kompensationseinrede die Verhandlung über die Gegenforderung quoad summam concurrentem als ein für allemal abschließende zu betrachten und deshalb soweit jeden zweiten Prozeß über die Gegenforderung abzuschneiden, so wenig wäre es zweckmäßig, die Verhandlung über die Retentions-

---

[1]) Nordd. Prot. II 592, 605 ff., 789 ff., 819.

[2]) Vergl. Förster-Eccius, Preuß.Pr.R. 7. Aufl. Bd. 1 S. 750. Entscheidung des ReichsG. v. 30. Mai 1896 (besondere Beil. des Reichsanz. Nr. 3 S. 293 und Bd. 37 der Entscheid. S. 405): „Daß der Grundsatz des § 293 nur von der Komp.E., nicht auch von anderen Einreden gilt, braucht nicht besonders ausgeführt zu werden". Nicht zu billigen ist also die Meinung von Fitting, Civilprozeß 8. Aufl. § 76 Anm. 7.

forderung ebenfalls als eine die Höhe derselben endgültig erledigende zu behandeln. Hätte das die C.P.O. thun wollen, dann hätte die Konsequenz verlangt, die Entscheidung über die Gegenforderung ohne Rücksicht auf die summa concurrens für der Rechtskraft fähig zu erklären. Die vom Abs. 2 des § 293 in dieser Beziehung gezogene Schranke beweist, daß die Retentionseinrede nicht unter diesen Absatz fallen kann und soll.[1])

Auch bei der Zahlungseinrede sind Fälle denkbar, in denen sich die Frage aufwerfen ließe, ob es sich nicht empfehle, den Entscheidungsgründen, welche sich über die erfolgte oder nichterfolgte Zahlung aussprechen, Rechtskraft im Verhältnisse zu einem späteren, die nämliche Klagforderung betreffenden Prozeß beizulegen. Dies gilt bei der Zahlung mit Vorbehalt, über welche später noch eingehend zu handeln ist. Hier mag nur Folgendes vorweg genommen werden. Wenn sich der Beklagte einer auf Zahlung gerichteten Klage gegenüber darauf beruft und im Streitfalle beweist, er habe die Klagforderung bezahlt und zwar, weil sie ihm zweifelhaft erschienen sei, mit Vorbehalt der Rückzahlung, sobald die Nichtexistenz der Klagforderung sich herausstelle, so muß die Klage auf Grund der erfolgten Zahlung abgewiesen werden, einerlei, ob dabei der Vorbehalt gemacht oder nicht gemacht ist; im Hintergrund steht aber ein zweiter Prozeß derselben Partei über die Frage, ob der Beklagte den etwaigen Vorbehalt mit Fug gestellt hat, d. h. ob er Rückzahlung zu fordern berechtigt ist, weil die ihm zweifelhaft erschienene Forderung in Wirklichkeit nicht besteht. Für die Klage auf Rückzahlung ist neben der geleisteten Zahlung der Vorbehalt Klaggrund, und man könnte in analoger Anwendung des § 293 Abs. 2 daran denken, die Existenz oder die Nichtexistenz dieses Klaggrundes durch die Entscheidung des früheren Prozesses für festgestellt gelten zu lassen, obwohl diese Entscheidung lediglich in den Entscheidungsgründen ihren Platz fand. Aber für das Urtheil, das auf Grund einer mit Vorbehalt geleisteten Zahlung abweist, ist allein die Feststellung der geleisteten Zahlung das Durchschlagende; ob bei der Zahlung ein Vorbehalt gemacht ist oder nicht, erscheint für die Klagabweisung gleichgültig; der Vorbehalt hat nur für die Begründung des etwaigen demnächstigen Rückforderungsanspruchs Bedeutung,

---

[1]) So R.G.Entsch. Bd. 8 S. 364 (1882).

nicht für die Begründung der Zahlungseinrede. Die Feststellung des Vorbehalts in den Entscheidungsgründen, ist kein elementarer, sondern ein überflüssiger nicht in Rechtskraft übergehender Entscheidungsgrund.[1]) Also die Entscheidungsgründe, welche sich in einem auf Verurtheilung zur Zahlung gerichteten Prozesse etwa dahin aussprechen, daß die Einrede einer mit Vorbehalt geleisteten Zahlung begründet und der Vorbehalt wegen mißlungenen Beweises der Existenz des Klaganspruchs mit Recht gemacht sei, bilden keine res judicata für den Anspruch des Beklagten auf Rückzahlung des mit Vorbehalt Gezahlten. Anders bei der Kompensationseinrede. Der Abs. 2 des § 293 statuirt demnach in Wahrheit eine Ausnahme allein für die Kompensationseinrede, keineswegs etwa enthält er nur eine Erläuterung des Abs. 1 dahin, daß die Entscheidung über eine Kompensationsforderung nichts sei als die Entscheidung über einen Klaganspruch im Sinne des Abs. 1. Die Singularität des Abs. 2 besteht aber weiter darin, daß den Entscheidungsgründen, die ihrer Natur nach lediglich dazu bestimmt sind, den Klaganspruch zu beurtheilen, Rechtskraft beigelegt ist, soweit sie sich über Bestehen oder Nichtbestehen der zur Aufrechnung bestimmten Gegenforderung, d. h. soweit sie sich über eine Einrede aussprechen. Damit diese Sonderwirkung eintritt, müssen erst die Entscheidungsgründe vorliegen; das auf die Klagbitte ergehende rechtskräftig gewordene Endurtheil übt eine Wirkung in Beziehung auf die Gegenforderung aus, nicht etwa schon das dem Endurtheil vorhergehende Verfahren. Von einer Einrede der Rechtshängigkeit kann daher (obgleich Haupt- wie Gegenforderung möglicherweise „im Streite befangen" sind) bezüglich der Kompensationsforderung keinerlei Rede sein. Das hat das Reichsgericht in wiederholten Entscheidungen mit aller nur möglichen Bestimmtheit anerkannt, und daran ist nicht zu rütteln.[2])

Der Satz, daß überall der Einrede der Rechtskraft eines Erkenntnisses vor Erlaß des Erkenntnisses die Einrede der Rechtshängigkeit entsprechen müsse, kann gegen die vom Reichsgericht und auch hier vertretene Auffassung nichts beweisen. Das wird klar, wenn man den Abs. 2 des § 293 mit obiger Darlegung dahin

[1]) Siehe unten S. 73.

[2]) Der Widerspruch Osann's, Beiträge zur Behandlung der Kompensationseinrede in der deutschen C.P.O. S. 24, u. A. wird also wohl vergeblich sein.

versteht: die Entscheidungsgründe über das Bestehen oder Nichtbestehen der Gegenforderung beschreiten die Rechtskraft. Der nämliche Satz galt vor Einführung der C.P.O. überall da, wo man nach der Lehre Savigny's die Elemente des Urtheils in Rechtskraft übergehen ließ; zu diesen Elementen gehörten die das Bestehen oder Nichtbestehen der Gegenforderung betreffenden Gründe. Obwohl man soweit Rechtskraft bezüglich der Gegenforderung annahm,[1]) lehnte man die Einrede der Rechtshängigkeit bezüglich der Gegenforderung ab; niemals ist darin ein Widerspruch erblickt worden.[2]) Ehe der Richter seine Entscheidungsgründe ausspricht, sind sie im Dunkel der Zukunft verhüllt. Wie wäre es denkbar, daß künftige vielleicht zum Ausdruck gelangende Entscheidungsgründe eine Einrede der Rechtshängigkeit gewähren könnten?

Der gesetzgeberische Gedanke, auf dem diese Einrede beruht, ist, daß es verkehrt wäre, Jemandem, der einen Anspruch im Prozeßwege erhoben und damit die Aussicht gewonnen hat, ein richterliches Urtheil über diesen Anspruch zu erlangen, die Befugniß zuzugestehen, denselben Anspruch vor erfolgter Erledigung des darüber anhängigen Prozesses unnützerweise in einem zweiten Prozesse geltend zu machen. Wer aber unter seinen Vertheidigungsmitteln gegen eine Klage auch eine Gegenforderung geltend macht, hat noch lange nicht die Aussicht, daß im anhängigen Prozesse über die Gegenforderung entschieden wird. Ob der Richter sich demnächst im Urtheil über das Bestehen oder Nichtbestehen der Gegenforderung ausspricht, oder ob er die Klage als an sich unbegründet oder ob er sie auf Grund einer anderen Einrede als der Kompensationseinrede abweist, davon weiß Niemand etwas, bevor das Urtheil gesprochen ist. Und nun sollte die entfernte Möglichkeit eines Ausspruchs über die Kompensationseinrede die Rechtshängigkeit der Frage über das Bestehen oder Nichtbestehen der Gegenforderung begründen? Dann stünde die durch Vorschützen der Kompensationseinrede begründete Rechtshängigkeit auch der Erhebung einer Widerklage aus der Gegenforderung entgegen. Das hat noch Niemand behauptet, und von der täglichen Uebung der Gerichte wird die Zulässigkeit der Widerklage gelehrt.

---

[1]) cf. auch l. 8 § 2 D. d. neg. gest. 3,5; l. 7 § 1 D. d. comp. 16,2. Dernburg, Kompens. 2. Aufl. S. 544. Eck, Ztschr. f. Gesetzg. und Rechtspfl. in Preußen, Bd. 3 S. 139.

[2]) Henkel, Rechtsfälle, S. 177; Heuser, Annalen, Bd. 8 S. 41 ff.

Die Verwendung des Savigny'schen Begriffs der „Elemente" des Urtheils für die Interpretation des § 293 Abs. 2 C.P.O. zeigt sich noch nach einer anderen Seite hin fruchtbar. Es giebt zahlreiche Entscheidungen, in denen die Urtheilsgründe sich über das Bestehen oder Nichtbestehen einer einredlich geltend gemachten Gegenforderung aussprechen, in denen also nach dem nackten Wortlaute des § 293 dieser Pargraph anwendbar erscheint, in denen aber doch von einer Rechtskraft solcher Entscheidungen im Sinne des § 293 keine Rede sein kann, und zwar lediglich deshalb nicht, weil jene Gründe nicht Urtheils elemente sind. Spricht z. B. zwar der Richter in den Entscheidungsgründen aus, die Gegenforderung sei nach dem Zugeständniß des Klägers als bestehend oder nach einem etwaigen Beweisverfahren als nichtbestehend anzusehen, fügt dann aber den weiteren Entscheidungsgrund hinzu, es fehle der Gegenforderung die Kompensabilität, oder fügt er hinzu, die Existenz der Klagforderung sei beweislos geblieben und die Klage sei deshalb wegen Beweisfälligkeit abzuweisen, oder fügt er hinzu, es komme auf die Kompensationseinrede nicht an, weil eine Einrede, etwa die des Verzichts oder der Verjährung durchschlage, so liegt eine „Entscheidung über das Bestehen der Gegenforderung" im Sinne des § 293 nicht vor.[1]) Die Prüfung der Frage, inwieweit die über das Bestehen der Gegenforderung sich aussprechenden Entscheidungsgründe nach § 293 in Rechtskraft übergehen, läßt sich ohne Anwendung des Savigny'schen Satzes, daß diese Rechtskraft nur dann eintritt, wenn die betreffenden Entscheidungsgründe Elemente der über den Klaganspruch gefällten Entscheidung sind, nicht bewerkstelligen. Nur dann also ist das „Bestehen" der Gegenforderung rechtskräftig festgestellt, wenn wegen dieses Bestehens (und nicht aus einem anderen Grunde) der Anspruch auf Zahlung der Klagforderung pro concurrente summa für unbegründet erklärt ist. Sprechen sich Entscheidungsgründe überflüssigerweise über das Bestehen einer Gegenforderung aus, wie in obigen Fällen[2]) der beweislos gebliebenen oder durch eine Einrede des Verzichts, der Verjährung 2c. erledigten Klage, so beschreiten solche Entscheidungsgründe niemals die Rechts-

[1]) Vergl. Freudenstein, die Rechtskraft nach der Reichs-C.P.O. Hannover 1881 S. 197 Note 2.

[2]) Seite 64 ff.

kraft.[1]) Wenn man nach der Rechtskraft von Entscheidungsgründen über das Bestehen einer Gegenforderung forscht, genügt es deshalb nicht, einfach in den Entscheidungsgründen zu suchen, ob darin das Bestehen der Gegenforderung angenommen ist, sondern es muß weiter die über den Klaganspruch getroffene Entscheidung mit herangezogen und es muß geprüft werden, ob diese Entscheidung auf dem Grunde beruht, daß das Bestehen der Gegenforderung richterlicherseits angenommen worden ist. Wie man sich sonst bei Prüfung der Rechtskraftfrage die in der Urtheilsformel liegende Entscheidung durch Herbeiziehung der Gesammtheit ihrer Gründe klar zu machen hat, so hat man bei der Frage, ob die über das Bestehen oder Nichtbestehen einer Gegenforderung sich aussprechenden Entscheidungsgründe der Rechtskraft fähig sind, ebenfalls die Gesammtheit der Entscheidungsgründe zu berücksichtigen.

Die Rechtskraft, wie sie hiernach der § 293 Abs. 2 auf die in den Urtheilsgründen enthaltene elementare Entscheidung über das Bestehen oder Nichtbestehen der Gegenforderung bei geltendgemachter Kompensationseinrede beschränkt, ist nach alle Dem eine allein dieser Einrede beigelegte Sondereigenschaft. Das Motiv dazu ist ein sehr verständiges. Das Bestehen der Gegenforderung bildet die materielle Grundlage einerseits für die im gegenwärtigen Prozesse vom Beklagten erbetene Klagabweisung, andererseits für die möglicherweise in dem nämlichen Prozesse widerklagend oder in einem neuen Prozesse klagend erbetene Verurtheilung des gegenwärtigen Klägers zur Zahlung der Gegenforderung. Das Bestehen der Gegenforderung eröffnet also dem Inhaber dieser Forderung ohne Weiteres zwei Wege: die einredegemäße Aufrechnung (wenn die Voraussetzungen der Aufrechenbarkeit vorliegen) oder die klageweise Einforderung des Betrags der Gegenforderung. Es wäre mehr als ungesunder Formalismus, die Wirkung der Rechtskraft, wenn die einredlich geltendgemachte Kompensationsforderung festgestellt ist, für die auf die gleiche Höhe der Gegenforderung gerichtete Klage oder Widerklage[2]) zu versagen und nochmalige Feststellung der Gegenforderung

[1]) So auch neuerdings Fuchs in Gruchots Beitr. Bd. 41 S. 126, 127 gegenüber der nicht zutreffenden Ausführung Heldmann's in der Ztschr. f. Civ.Pr. Bd. 21 S. 491. Vergl. auch die Entscheidung des Reichsgerichts in Bd. 37 S. 404.

[2]) Eine solche Klage ist möglich, wenn im ersten Prozeß die Existenz der streitigen Hauptforderung dahin gestellt geblieben ist.

zu verlangen oder zuzulassen, weil die erstere Feststellung nicht in der Urtheilsformel, sondern nur in den Entscheidungsgründen des Haupt- oder Vorprozesses erfolgt sei. Der Anspruch, über welchen der Richter im zweiten Prozesse zu entscheiden hätte, wäre genau derselbe, wie der, über welchen er im ersten Prozesse bereits entschieden hat, nämlich der Anspruch auf die Gegenforderung, über welchen in beiden Prozessen zu gleicher Höhe entschieden wird.

Der zweite Prozeß, soweit dabei die Existenz der Gegenforderung in Frage kommt, würde dem Richter keinerlei anderen Stoff als der erste zur Entscheidung unterbreiten können. Steht die Forderung und ihre Kompensabilität fest, so hängt es im ersten Prozesse von dem Willen ihres Inhabers ab, ob er aufrechnen oder ob er Zahlung verlangen will; mag er das Eine oder mag er das Andere oder mag er Beides[1]) thun: es ändert sich dadurch in keiner Weise das Gebiet dessen, was der Beurtheilung des Richters anheimfällt; die aus der Existenz der Forderung sich ergebende Berechtigung (auf Aufrechnung oder auf Zahlung) hängt lediglich vom Willen des Gläubigers, nicht von der Entscheidung des Richters ab.

Ebenso liegt die Sache, wenn zunächst durch den Richter das Nichtbestehen der einredlich geltendgemachten Gegenforderung festgestellt ist und später der Prätendent dieser Gegenforderung dieselbe klageweis verfolgt. Einer solchen Klage steht die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache entgegen. Wozu sollte es nochmals der Feststellung des Nichtbestehens derjenigen Forderung bedürfen, welche im ersten Prozesse bereits ihrem Prätendenten aberkannt ist? Das hieße, einen zweiten Prozeß mit materiell völlig gleicher Grundlage zulassen.

Einen solchen zweiten Prozeß schneidet deshalb mit Recht in solchen Fällen der § 293 Abs. 2 ab, sobald über das Bestehen oder Nichtbestehen der Gegenforderung entschieden ist, nicht aber vorher; denn dieselbe Frage im Wege der Klage und im Wege der Einrede geltend zu machen, verwehren ja auch sonst die Gesetze nicht; warum sollten sie sich bei der Kompensationseinrede auf einen anderen Standpunkt stellen?

Uebrigens war das, was Abs. 2 des § 293 lehrt, schon insofern Rechtens vor der C.P.O., als in den gemeinrechtlichen Landestheilen

[1]) Vergl. oben S. 42.

die dort praktisch gewordene Theorie Savigny's und als sogar in dem Gebiete des Preuß. A.L.R. die Rechtsprechung des Obertribunals den Entscheidungsgründen, die sich über einen Kompensationsanspruch verhielten, Rechtskraft zuerkannt hatte.[1])

Wann aber liegt eine Entscheidung über das „Bestehen" oder das „Nichtbestehen" einer Gegenforderung im Sinne des heutigen Prozeßrechtes vor? Die Wortfassung giebt Zweifeln Raum.

Hier ist zunächst die mannigfach vertretene Meinung zurückzuweisen, als schreibe etwa der § 293 Abs. 2 vor, bei einer auf Zahlung gerichteten Klage, der eine Gegenforderung entgegengestellt werde, habe der Richter die Auseinanderrechnung der Parteien zu bewirken, er habe die Sache so zu behandeln, als begehrten beide Parteien, wie wenn sie in einem judicium duplex stritten, die richterliche Feststellung erfolgter oder nicht erfolgter definitiver Aufrechnung. In diesem Punkte giebt der Abs. 2 des § 293 so wenig eine neue Weisung, was ein Urtheil in den Bereich seiner Entscheidung ziehen soll, wie der Abs. 1.[2])

Allerdings können die Motive zu § 293[3]) den Anschein erwecken, als gingen sie von diesem Standpunkte aus;[4]) denn sie sagen, „es müsse, wenn die Einrede der Kompensation vorgeschützt wird, als Absicht der Parteien angesehen werden, daß das Bestehen oder Nichtbestehen der Gegenforderung pro concurrente summa festgestellt werden solle." Indeß ist zu beachten, daß die Motive nicht von einer Feststellung reden, ob aufgerechnet oder nicht aufgerechnet sei, sondern von einer Feststellung, ob die Gegenforderung bestehe oder nicht bestehe. Selbst wenn aber der Verfasser der Motive damit der Auffassung Ausdruck gegeben hätte, das Vorschützen einer Kompensationseinrede bedeute die Einleitung eines judicium duplex pro concurrente summa, so ging er offensichtlich davon aus, daß das bereits geltenden Rechtes sei; nicht hatte er die Absicht, ein solches judicium im Wege der Gesetzgebung als etwas Neues einzuführen. Der § 293 sollte also diese Absicht nach den Motiven nicht zum Ausdruck bringen. Eines solchen Ausdruckes, und zwar eines sehr unzweideutigen Ausdruckes bedurfte es aber,

---

[1]) Ob.Trib.Entsch. Bd. 67 S. 253 ff.

[2]) Siehe oben S. 61.

[3]) Hahn, Materialien II, 1 S. 292.

[4]) So nimmt anscheinend Wach, Vorträge 2. Aufl. S. 140 Note * an.

um das „Vorschützen einer Kompensationseinrede" als Einleitung eines judicium duplex aufzufassen; denn zur Zeit der Entstehung der C.P.O. galt diese Auffassung nur für das Geltungsgebiet der Preuß. Allg. Gerichtsordnung,[1]) und auch hier nur in beschränktem Umfange.

Die Ausdrucksweise der Motive ist übrigens insofern jedenfalls ungenau, als unter allen Umständen das bloße „Vorschützen" der Kompensationseinrede, d. h. die einseitige Handlung des Beklagten nicht als ein die Absicht „der Parteien" bekundender Akt gelten kann. Um eine Absicht der Parteien zu konstatiren, käme doch wesentlich eine Erklärung des Klägers in Betracht. Weder in der Klagerhebung, noch in der weiteren Verhandlung des Klägers liegt eine solche Erklärung, der Kläger müßte denn ausdrücklich beantragen, die durch Aufrechnung erfolgte Tilgung der Gegenforderung auszusprechen. Das Vorschützen der Gegenforderung im Wege der Einrede bekundet Seitens des Beklagten nur die Absicht, den Klaganspruch zurückgewiesen zu sehen und zwar, je nach dem Gange, den der Prozeß nimmt, nöthigenfalls auf Grund der durch vollzogene Aufrechnung bewirkten Tilgung des Klaganspruchs.[2])

Der § 293 Abs. 2 wollte darum keinerlei Vorschrift für den Prozeßrichter geben, wie in Kompensationsfällen erkannt werden soll. Es heißt den Worten Gewalt anthun, wenn man ein Gebot darin findet, bei liquider Gegenforderung das Bestehen der Hauptforderung zu ermitteln und, wenn sich das Bestehen ergebe, die Aufrechnung als vollzogen auszusprechen. Das bedeutete die Wiedereinführung des alten judicium duplex oder der Vorschrift der A.G.O.[3]) (in der Beschränkung auf die summa concurrens); hierzu wäre eine ganz andere Bestimmung nöthig als die des § 293 Abs. 2. Dieser Absatz spricht lediglich über den Umfang der Rechtskraft, wenn über eine Gegenforderung erkannt ist, er ordnet nicht an, daß in Fällen einredeweiser Geltendmachung einer Gegenforderung

---

[1]) Siehe oben Seite 45.

[2]) Hierzu als Erläuterung unten § 15. Siehe auch den auf demselben Standpunkt stehenden nach Abschluß dieser Arbeit in der Ztschr. f. deutschen C.Pr. Bd. 22 S. 527 f. erschienenen Aufsatz von Geib über die Kompensationseinrede, besonders S. 533, 535.

[3]) Siehe oben Seite 45.

über die erfolgte definitive Aufrechnung erkannt werden müsse. Ist ja doch, wie in den Motiven, so auch im Abs. 2 selbst nicht von einer Entscheidung über die Aufrechnung, sondern von einer Entscheidung über das Bestehen oder Nichtbestehen der Gegenforderung die Rede. Diese Entscheidung wird getroffen, 1. wenn der Richter erkennt, die Gegenforderung sei nicht entstanden (folglich sei auch die Klagforderung durch die Gegenforderung nicht getilgt), 2. wenn der Richter erkennt, die Gegenforderung sei zwar entstanden, aber sie bestehe nicht mehr, weil die Hauptforderung gegen sie zur Aufrechnung gekommen sei, 3. wenn der Richter erkennt, die Gegenforderung sei entstanden, ob sie durch Aufrechnung gegen die Hauptforderung getilgt sei, bleibe beim Streite der Parteien über die Entstehung der Hauptforderung in diesem Prozesse unentschieden, weil der Kläger wie der Beklagte ein Erkenntniß hierüber laut ihrer gestellten Anträge nicht erbeten haben. In jedem dieser drei Fälle liegt eine nach § 293 der Rechtskraft fähige Entscheidung betreffs der Gegenforderung vor. Ja, gerade der letzte, wie der erste dieser Fälle scheinen nach dem Wortlaute des § 293 Abs. 2 diejenigen zu sein, an welche der Gesetzgeber zunächst gedacht hat; denn wer vom „Bestehen oder Nichtbestehen einer Gegenforderung" redet, denkt doch wohl vor Allem an das Bestehen oder Nichtbestehen der Gegenforderung, abgesehen von der Frage, ob sie in Folge der Existenz der Hauptforderung erloschen ist, er denkt an den Zustand der Gegenforderung, ehe sie in Beziehung zur Hauptforderung gesetzt ist. Demnach umfaßt „das Nichtbestehen oder Bestehen" im Abs. 2 das Nichtentstandensein, das Nichtmehrbestehen und das Entstandensein der Gegenforderung.

Zu 1. Verneint der Richter in den Gründen seines klagegemäß verurtheilenden Erkenntnisses das Entstandensein der Gegenforderung und weist deshalb[1]) die Einrede der Kompensation als unbegründet zurück, so ist nicht blos entschieden, daß im vorliegenden Prozeß die Einrede der Kompensation unbegründet ist, sondern es ist auch für einen künftigen auf Zahlung der Gegenforderung erhobenen Prozeß entschieden, daß die Gegenforderung, soweit mit ihr im ersten Prozeß aufgerechnet werden sollte, nicht entstanden ist; dem Kläger des ersten Prozesses ist aus den Entscheidungsgründen die exceptio rei

[1]) Vergl. oben S. 73.

judicatae — jedoch nur pro concurrente summa — gegen die aus der Gegenforderung erhobene Klage des Kompensanten erwachsen. Gleichzeitig ist aber durch das zur Hauptforderung ergangene Urtheil rechtskräftig über die Hauptforderung erkannt; dem Beklagten steht gegen die nochmalige Geltendmachung der Hauptforderung die exceptio rei judicatae zu, ebenso wie der Kläger auf das ergangene Urtheil eine etwaige actio judicati gründen kann. Es liegt also in dem einen Erkenntniß eine doppelseitige Rechtskraft, einmal die Rechtskraft des über den Klaganspruch erkennenden Urtheils und dann die Rechtskraft der über das Nichtentstandensein der Gegenforderung sich verbreitenden, als Elemente jenes Urtheils erscheinenden Entscheidungsgründe. Eine Berufung gegen ein solches Erkenntniß steht selbstverständlich nur dem klagegemäß verurtheilten Beklagten zu; dem Kläger ist ja voll zugesprochen, was er begehrte. Der Beklagte kann aber seiner Berufung eine zweifache Richtung geben: er kann, wenn er die thatsächliche oder rechtliche Begründung der Klagforderung bestreitet, anfechten, daß der erste Richter die Klagforderung als begründet angenommen, er kann aber auch anfechten, daß der Richter die Entstehung der Gegenforderung verneint habe.

Zu 2. Spricht der Richter in den Gründen seines klagabweisenden Urtheils aus, die Klagforderung und die Gegenforderung seien zwar entstanden, die erstere sei aber durch die ihr entgegengestellte Gegenforderung getilgt, so beschreitet ein solches Erkenntniß ebenfalls nach zweifacher Seite hin die Rechtskraft; zum Nachtheil des Klägers ist durch das Urtheil entschieden, daß einer ferneren Klage aus der Hauptforderung die exceptio rei judicatae entgegensteht. Diese Entscheidung kann der Kläger im Wege der Berufung anfechten, mit der Ausführung, der erste Richter habe irrig die Gegenforderung als bestehend oder als kompensabel angenommen. Zum Nachtheile des Beklagten gereicht zwar nicht das gesprochene Urtheil; denn er hat darin die von ihm beantragte Klagabweisung erlangt; wohl aber können ihm die als Elemente des Urtheils erscheinenden Entscheidungsgründe zur Beschwerniß gereichen, indem sie durch den Ausspruch, die Hauptforderung sei durch Aufrechnung getilgt, zugleich die Tilgung d. h. das Nicht(mehr)bestehen der Gegenforderung aussprechen. Dadurch ist der Beklagte verletzt, wenn er die Hauptforderung als rechtlich oder thatsächlich unbegründet

bestreitet. Seine Berufung hat sich also nicht gegen das Urtheil in seinem Endresultat, sondern gegen den in der Begründung liegenden Ausspruch zu richten, daß seine Gegenforderung durch Aufrechnung erloschen sei. Wird dieser Ausspruch vom Beklagten nicht angefochten, so stehen die Entscheidungsgründe des erstinstanzlichen Urtheils jeder späteren Klage wie auch einredeweisen Geltendmachung der Gegenforderung (pro concurrente summa) entgegen.

In dieser Beziehung ist zunächst eine Entscheidung des Oberhandelsgerichts von besonderem Interesse.

Einer auf Gehaltszahlung gerichteten Klage gegenüber bestritt der beklagte Fiskus die rechtliche Begründung des Klaganspruchs und erhob eventuell auf Grund einer Gegenforderung eine Kompensationseinrede; die Gegenforderung erkannte der Kläger an.[1]) Die erste Instanz wies die Klage ab, weil die Klagforderung dem Kläger aus rechtlichen Gründen nicht zustehe. Die zweite Instanz bestätigte die Klagabweisung, führte aber aus, die Klagforderung sei rechtlich und thatsächlich begründet, sie sei indeß durch die Gegenforderung als getilgt zu betrachten. Das Reichsoberhandelsgericht trat in seinem Erkenntnisse vom 16. Febr. 1877 auf die vom Kläger erhobene Beschwerde dem ersten Richter bezüglich der Beurtheilung des Klaganspruchs bei und führte aus: der zweite Richter habe zwar die Abweisung der Klage bestätigt, in Wahrheit aber das erste Urtheil zum Nachtheil des Beklagten abgeändert; denn es habe dem Kläger die Klagforderung zugesprochen, sie aber durch die Gegenforderung für getilgt erachtet. Bei dem ganzen Inhalte dieser vom Beklagten nicht angefochtenen Entscheidung müsse es zu Gunsten des Klägers verbleiben, so daß die Gegenforderung des Beklagten dem Kläger gegenüber durch Kompensation verbraucht resp. getilgt sei.

Die Bedeutung, die hier das Oberhandelsgericht mit Recht einer klagabweisenden Entscheidung hinsichtlich ihrer Rechtskraft beilegt, hat sich durch die C.P.O. nach keiner Richtung hin geändert. Auch im Sinne des § 293 C.P.O. stellte das vorliegende Urtheil zweiter Instanz die Tilgung der Gegenforderung durch die Hauptforderung zum Nachtheil des Beklagten fest, das Urtheil sprach in seinen elementaren Gründen das „Nichtbestehen" (hier das Nichtmehr-

---

[1]) Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts Bd. 21 (1877) S. 622. Siehe auch Beilageheft unter VIII 2.

bestehen) der Gegenforderung aus und beschritt soweit im Sinne des § 293 Abs. 2 die Rechtskraft. Der Ausspruch über das Nichtbestehen oder genauer das Nichtmehrbestehen der Gegenforderung stützte sich aber auf die vier Momente: daß die Hauptforderung entstanden, daß die Gegenforderung entstanden, daß die Gegenforderung kompensabel und daß die Aufrechnung erklärt sei. Nur das erste dieser Momente war dasjenige, welches den Beklagten beschweren konnte. Seine Berufung hätte sich also nur soweit gegen die getroffene Entscheidung zu richten gehabt, als durch sie die Existenz der Hauptforderung bejaht und damit das Nicht(mehr)bestehen der Gegenforderung entschieden wurde. Hierin gilt genau unter der Herrschaft der C.P.O., was das Oberhandelsgericht unter der Herrschaft des früheren Rechts annahm.

Dies thut auch eine neuerliche Entscheidung des Reichsgerichts dar.[1]) Nachdem der erste Richter den Beweis der Klagforderung für erbracht angenommen,[2]) aber die Klage auf Grund einer unbestrittenen Gegenforderung abgewiesen hatte, verwarf das Gericht zweiter Instanz die vom Beklagten eingelegte Berufung, weil „der Beklagte sich nicht über das klagabweisende erste Urtheil beschweren könne". Mit Recht erklärte das Reichsgericht — unter Bezugnahme auf das ebenbesprochene Erkenntniß des Oberhandelsgerichts — die

[1]) vom 30. Mai 1896. Besondere Beilage des Reichsanzeigers Nr. 3 S. 292 f.; auch Ztschr. der Anw.Kammer im O.L.G. Naumburg Nr. 11 von 1896 und Entscheid. in Civ.S. Bd. 37 S. 403 f.

[2]) Zu dieser Beweiserhebung war es gekommen, ehe der Beklagte überhaupt seine Kompensationseinrede vorgebracht hatte. Die Beweiserhebung war also unumgänglich gewesen. Vergl. oben Seite 26. Wäre sie aber auch ein Verstoß gegen § 272 C.P.O. gewesen, so hätte sie, weil einmal erfolgt, doch berücksichtigt werden müssen. Siehe oben Seite 33 und unten § 15.

Die Worte des Reichsg. a. a. O.: „Die Komp. setzt begreiflich voraus, daß eine Hauptforderung besteht, welche durch eine Gegenforderung getilgt werden soll; bestreitet der Beklagte die Hauptforderung und wendet er nur eventuell, wie hier, Komp. ein, so sind sowohl die Haupt- als auch die Gegenforderung im Streite befangen", leisten ihrer nicht gerade vorsichtigen, weil zu allgemein gehaltenen Fassung nach der Meinung Vorschub, als wolle sich das R.G. dahin aussprechen, bei streitiger Klag- und unstreitiger Gegenforderung sei eine Beweiserhebung über die Klagthatsachen erforderlich. Ueber diese Frage hatte sich aber das R.G. in casu nicht zu entscheiden und über sie hat es nicht entschieden: es lag bereits eine erstinstanzliche Beweisaufnahme vor, und diese war im vorliegenden Falle unbedingt geboten, weil der Beklagte erst im Schlußtermin die Kompensationseinrede vorgebracht hatte.

Entscheidung zweiter Instanz für irrig; denn nach der Begründung des erstinstanzlichen Urtheils liege nicht blos ein der Rechtskraft fähiger Ausspruch darüber vor, daß die Klagforderung unbegründet, sondern auch darüber, daß die Gegenforderung zur Aufrechnung verwendet und deshalb konsumirt sei; es müsse also dem Beklagten nach Maßgabe des § 293 C.P.O. die Möglichkeit offen bleiben, in zweiter Instanz die Unrichtigkeit der erstinstanzlichen Annahme darzuthun, daß die Klagforderung begründet sei.

Zu 3. Hieraus ergiebt sich per argumentum e contrario zugleich die Entscheidung über den Umfang der Rechtskraft eines Urtheils, welches die Existenz der Hauptforderung dahingestellt sein läßt, aber die Klage abweist, weil die geltendgemachte Gegenforderung unstreitig sei, es also auf eine Beweiserhebung über die streitige Hauptforderung nicht ankomme. Da in einem solchen Falle der Richter ausdrücklich ablehnt, sich darüber auszusprechen, ob die Hauptforderung entstanden, und da er es ebenso ablehnt, sich darüber auszusprechen, ob die Gegenforderung durch Aufrechnung getilgt sei, so ist es unmöglich, aus der getroffenen Entscheidung einen der Rechtskraft fähigen Ausspruch über die eine wie die andere Frage herzuleiten.[1]) Gleichwohl liegt wiederum eine Entscheidung vor, die doppelseitiger Rechtskraft fähig ist, nämlich einmal insofern, als der Klaganspruch als nichtbestehend definitiv abgewiesen, und dann insofern, als der Anspruch aus der Gegenforderung als bestehend anerkannt ist. Würde also der Kläger den Beklagten in einem neuen Prozeß aus der Hauptforderung nochmals belangen, so steht ihm die exceptio rei judicatae entgegen, weil ihm das Urtheil im früheren Prozesse einen solchen Anspruch aberkannt hat, und würde umgekehrt der Beklagte aus seiner Gegenforderung, deren Tilgung durch Aufrechnung unentschieden geblieben ist, Klage erheben, so gewähren ihm, wenn sein Widerpart die Begründung der Gegenforderung bestreitet, die Entscheidungsgründe im früheren Urtheile eine replica rei judicatae dahin, daß über das Bestehen der Gegenforderung bereits rechtskräftig erkannt sei. Die Frage, ob die Gegenforderung durch Aufrechnung getilgt sei, ist aber unentschieden geblieben. Denn der Ausspruch des

[1]) Siehe z. B. auch v. Wilmowski und Levy, C.P.O. zu § 293 (7. Aufl.) Schlußabsatz der Note 4.

früheren Prozesses, daß der erhobene Klaganspruch nicht bestehe, läßt es offen, ob er nicht besteht, weil er nie entstanden, oder ob er nicht mehr besteht, weil er durch die Gegenforderung getilgt ist. Es liegt der Fall einer alternativ begründeten Klagabweisung vor. Darüber, ob die Hauptforderung zur Entstehung gelangt oder, was dasselbe bedeutet, ob die Gegenforderung getilgt sei, kann also noch Prozeß geführt werden. Die Entscheidung erfolgt, wenn der Kompensant in einem späteren Rechtsstreit seine Gegenforderung, weil sie durch die angebliche Forderung des Kompensaten nicht getilgt sei, einklagt, und wenn nunmehr der Kompensat die im früheren Prozesse eingeklagte, aber dahingestellt gelassene Forderung kompensationsweise geltend macht. Der Ausspruch des ersten Urtheils, daß der damalige Klaganspruch — wegen der ihm entgegengestellten unstreitigen Kompensationsforderung — nicht gegeben sei, schließt keineswegs aus,[1]) jene Klagforderung auf dem Kompensationswege später geltend zu machen, um dadurch den Ausspruch zu erzielen, daß der im zweiten Prozeß erhobene Klaganspruch nicht bestehe, weil er compensando getilgt sei. Berufung gegen ein Urtheil, das die in ihrer thatsächlichen Begründung bestrittene Klage auf Grund der unstreitigen Gegenforderung abweist, könnte höchstens der Kläger einzulegen berechtigt sein; denn er ist mit seinem Klagantrage abgewiesen; er wird sich aber zu solcher offenbar unbegründeten Berufung nicht veranlaßt sehen, da kein Zweifel an der Grundlosigkeit seiner Klagbitte besteht, sobald er die Existenz der zur eventuellen Aufrechnung gebrachten Gegenforderung anerkannt hat. Dem Beklagten fehlt jeder Anlaß, sich zu beschweren, da das Urtheil zu seinen Gunsten das Bestehen der Gegenforderung und ihre Kompensabilität feststellt, die unterbliebene Feststellung der Hauptforderung, sowie der definitiv vollzogenen Aufrechnung aber keine zu Ungunsten des Beklagten ergangene Entscheidung enthält; denn mehr als Klagabweisung kann der Beklagte auf Grund seiner Einrede nicht verlangen. — Ebenso wird lediglich das Bestehen der Gegenforderung in den Entscheidungsgründen festgestellt und die vollzogene Aufrechnung unentschieden gelassen in Fällen, in denen bei liquider Klage mehrere liquide Einreden der Tilgung vorliegen, darunter eine Kompensationseinrede, die sich auf eine vor

[1]) Siehe oben Seite 66.

der Klagerhebung erklärte Aufrechnung gründet, ohne daß aus den Verhandlungen erhellt, welcher Tilgungsakt zeitlich der frühere ist. Hier muß dahingestellt bleiben, durch welche der verschiedenen Einreden die Klagforderung erloschen ist; folglich muß zwar der Ausspruch erfolgen, daß die Gegenforderung entstanden und kompensabel sei, es kann aber ohne erhebliche Schädigung des Beklagten der Ausspruch nicht erfolgen, die Gegenforderung sei durch Aufrechnung verbraucht,[1] wie ohne erhebliche Schädigung des Klägers nicht der Ausspruch erfolgen kann, die Hauptforderung sei durch eine der andern Tilgungseinreden, z. B. durch die des Verzichtes erloschen.

Noch einer besonderen Erwähnung bedürfen die Schlußworte des § 293, nach denen die Entscheidung über das Bestehen oder Nichtbestehen der Gegenforderung Rechtskraft beschreitet,

„mit welcher aufgerechnet werden soll".

Es ist der Versuch gemacht,[2] darin den nach Obigem[3] in § 293 zu vermissenden Befehl an den Richter zu finden, die vom Beklagten in den Streit eingeführte Aufrechnungsfrage funditus zu entscheiden, also wo möglich die Aufrechnung zu vollziehen. Die Fassung der Schlußworte des § 293 erklärt sich indeß anders. „Werden soll" und nicht „wird" ist gesagt, weil durch das „wird" fälschlicherweise die Rechtskraft derjenigen Entscheidungsgründe ausgeschlossen erschiene, welche aussprechen, daß die Gegenforderung nicht zur Entstehung gelangt sei. Mit einer Gegenforderung, die zur Kompensation gestellt, aber nach Ansicht des Gerichts nicht zur Entstehung gelangt ist, „wird" niemals aufgerechnet, es „soll" aber nach Absicht des Beklagten mit ihr „aufgerechnet werden". Diese Absicht mit der hinzukommenden Entscheidung des Gerichts, soweit sie die Gegenforderung betrifft, genügt dem Gesetzgeber, Rechtskraft bezüglich der Gegenforderung eintreten zu lassen, mag mit ihr in concreto aufgerechnet oder mag die Aufrechnung wegen Nichtexistenz der Gegenforderung abgelehnt werden. Eher als der Befehl an den Richter, die Aufrechnung zu vollziehen und zu diesem Zwecke bei

---

[1]) Siehe oben Seite 66. 67.

[2]) Fitting, Civilpr. 8. Aufl. § 76 N. 7. Hiergegen ist zu bemerken: „Laut des Urtheils" soll niemals aufgerechnet werden; das Urtheil stellt nur eine geschehene Aufrechnung fest.

[3]) Siehe Seite 76.

feststehender Gegenforderung unbedingt ein Beweisverfahren über die streitige Hauptforderung zu eröffnen, lassen sich die Schlußworte des § 293 für die Meinung verwenden, daß der § 293 gerade die Fälle in seinen Bereich mit hineingezogen haben will, in denen das Gericht die Entscheidung über die Existenz der Hauptforderung auszusprechen ablehnt, weil nach den Parteianträgen darauf bei feststehender Gegenforderung nichts ankommt. Denn stellt der Beklagte einer bestrittenen Hauptforderung eine Gegenforderung entgegen, so ist dies eine Gegenforderung, mit welcher — wenn auch nur bedingt — aufgerechnet „werden soll"; es ist in denjenigen Fällen keine Gegenforderung, mit welcher aufgerechnet „wird", in welchen das Gericht, die Existenz der Hauptforderung dahin gestellt sein lassend, den Kläger mit seinem jedenfalls unbegründeten Antrag auf Zahlung der Hauptforderung wegen der eventuell zur Aufrechnung gestellten zugestandenen Gegenforderung abweist. Auch hier ist über das Bestehen d. h. über das Entstandensein derjenigen Gegenforderung rechtskräftig entschieden, mit welcher aufgerechnet w e r d e n s o l l t e, aber möglicherweise nicht aufgerechnet i s t. Die Schlußworte des § 293 sprechen also nicht gegen, sondern für die Statthaftigkeit eines Urtheils, das die Existenz der Klagforderung dahin gestellt sein läßt.

Wenn aber der § 293 Abs. 2 nicht dem Richter gebietet, in dem durch die Geltendmachung der Hauptforderung anhängig gemachten Prozesse darüber sich schlüssig zu machen, ob die Gegenforderung durch die Hauptforderung aufgerechnet i s t, so ändert in dieser Beziehung der § 293 nichts am bisherigen Rechte. Lag vor dem Inkrafttreten des § 293 die Frage der w i r k l i c h e r f o l g t e n Aufrechnung außerhalb des Prozesses, wenn eine liquide Gegenforderung einer illiquiden Hauptforderung gegenübersteht, so gilt dasselbe nach dem Inkrafttreten des § 293. Auch die nur eventuell geltendgemachte Gegenforderung ist eine Gegenforderung, „mit welcher aufgerechnet werden soll", und sie behält diese Eigenschaft, mag in diesem Prozesse entschieden werden, daß die Aufrechnung eingetreten ist, oder mag die Entscheidung über den Vollzug der Aufrechnung vorläufig in der Schwebe bleiben. Lediglich mit der W i r k u n g der die Gegenforderung betreffenden Entscheidungsgründe beschäftigt sich der Abs. 2 des § 293, indem er in dieser Beziehung eine Ausnahme des in Abs. 1 ausgesprochenen Grundsatzes einführt. Keineswegs will er zugleich in Abweichung von dem Grundsatze des § 272

anordnen, obwohl weder der auf Zahlung gerichtete Antrag des Klägers, noch der auf Abweisung dieses Klagantrags gerichtete Antrag des Beklagten zu seiner Erledigung eine Beweisverhandlung über die Existenz der Klagforderung erheische, solle doch bei der Kompensationseinrede ausnahmsweise im Interesse einer vollständigen Aufklärung der Parteien über die Tilgung oder den Fortbestand der Gegenforderung des Beklagten eine für die Erledigung der Parteianträge an sich überflüssige Beweisaufnahme eingeleitet werden, ob die Klagforderung begründet oder nicht begründet sei.

Der § 293 Abs. 2 durchbricht nicht etwa das Prinzip des § 272, er steht nicht über diesem Prinzipe, sondern er steht unter dem Prinzipe des § 272. Auch er läßt sich daher nicht für die Ansicht verwerthen, es müsse nach heutigem Prozesse bei illiquider Hauptforderung und liquider Gegenforderung, ehe die Entscheidung ergehen könne, die Existenz der Hauptforderung ermittelt werden.

Von erheblichem Interesse ist, welche Stellung zu § 293 die Kommission zur zweiten Lesung des Entwurfs des B.G.B. eingenommen hat. Sie schlug für das Einführungsgesetz eine Aenderung des § 293 Abs. 2 dahin vor, daß zu sagen sei:

> Die Entscheidung über das Bestehen oder Nichtbestehen „einer zur Aufrechnung gebrachten" (statt: einer mittels Einrede geltendgemachten) Gegenforderung ist der Rechtskraft fähig, jedoch nur bis zu Höhe desjenigen Betrags, „für welchen die Aufrechnung geltendgemacht ist" (statt: mit welchen aufgerechnet werden soll).

Gegen diese veränderte Fassung würde nichts einzuwenden sein unter der Voraussetzung, daß die „für den Fall des Bestehens der Hauptforderung" zur Aufrechnung gebrachte Gegenforderung im Sinne der neuen Bestimmung immerhin eine zur Aufrechnung gebrachte Gegenforderung wäre. Dies muß unbedenklich angenommen werden, da die Motive des B.G.B. ausdrücklich die für den Fall des Bestehens der Hauptforderung erklärte Aufrechnung eine unbedingte oder definitive Aufrechnung nennen.[1])

Einer Einwendung Seuffert's[2]) sich anschließend hat aber die Kommission in der dem Reichstage vorgelegten Denkschrift zum Entwurfe des B.G.B.[3]) die Rechtskraft aus § 293 Abs. 2 auf

---

[1]) Siehe unten § 15.

[2]) Ztschr. f. deutschen Civ.Pr. Bd. 16 (1891) Seite 469 ff.

[3]) Seite 464.

Entscheidungen beschränkt, die sich über das Nichtbestehen der zur Aufrechnung gebrachten Gegenforderung aussprechen. Seuffert begründet das damit, daß Entscheidungen über das Bestehen der Gegenforderung nicht vorkämen; denn mit dem Anspruche, die Gegenforderung bestehe, erfolge stets gleichzeitig der Ausspruch, daß die Klagforderung und folglich auch die Gegenforderung in Folge der Aufrechnung nicht mehr bestehe; es genüge also im Gesetze auszusprechen, daß nur Urtheile über das Nichtbestehen der Gegenforderung der Rechtskraft fähig seien. Diese Begründung ist schwerlich haltbar. Sie übersieht, daß es auch Urtheile giebt, welche — ohne über die Existenz der Klagforderung sich auszusprechen — die Klage wegen Bestehens der Gegenforderung abweisen.[1]) Seuffert gehört zwar, wie sich zeigen wird,[2]) zu denjenigen, welche solche Urtheile für unrichtig halten; selbst wenn sie unrichtig wären, kommen sie vor und gehen in Rechtskraft über.[3])

Ein verfehlter Standpunkt für den Gesetzgeber, der den Umfang der Rechtskraft bestimmen will, wäre es, nur über die Rechtskraftfähigkeit solcher Urtheile sich auszusprechen, die er seinerseits für richtig hält. Die Vorschriften über die Rechtskraftfähigkeit der Urtheile müssen Aufschluß darüber geben, inwieweit jedes Urtheil die Rechtskraft beschreitet. Außerdem bleibt aber die Entscheidung über vollzogene Aufrechnung einer vom Richter als bestehend anerkannten Gegenforderung, wie das Beispiel oben S. 66. 83 ergiebt, nicht blos in Fällen liquider Gegenforderung bei illiquider Hauptforderung, sondern auch in Fällen liquider Gegenforderung und liquiden Verzichts gegenüber liquider Hauptforderung dahingestellt. Gegen solche Entscheidungen wird auch Seuffert schwerlich etwas einzuwenden haben. Hier ist aber unleugbares Bedürfniß, daß die Entscheidung über das „Bestehen" der Gegenforderung in Rechtskraft übergeht; es sprechen dafür dieselben Gründe, auf denen die Vorschrift des § 293 Abs. 2 überhaupt beruht.

Die vorgeschlagene Aenderung des § 293 Abs. 2 ist also keine Verbesserung, sondern das Gegentheil.

---

[1]) Siehe oben Seite 8 und unten § 17.

[2]) Siehe unten § 16 a. E.

[3]) Hierzu besonders Fuchs (in Gruchot's Beitr. Bd. 41 Seite 131 a. E.), der selbst solche Erkenntnisse mißbilligt, aber natürlich ihre Rechtskraftfähigkeit anerkennt. Ebenso v. Wilmowski u. Levy C.P.O. zu § 293 (7. Aufl.) Schluß der Noten.

Sie zu berücksichtigen hat auch die österreichische Civilprozeßordnung vom 1. August 1895, obwohl Seuffert's Aufsatz vier Jahre früher erschienen war, Abstand genommen: der dem § 293 unserer C.P.O. nachgebildete § 411 der österreichischen C.P.O. läßt die Entscheidung „über den Bestand oder Nichtbestand" der Gegenforderung in Rechtskraft übergehen und hält ungeachtet der Bedenken Seuffert's die Worte „Bestand oder" nicht für überflüssig.

§ 10. Abweichende Ansichten und Ansicht des Reichsgerichts.

Nach einzelnen Punkten hin bedarf noch die Ansicht verschiedener Schriftsteller eine Erörterung, welche behaupten, die C.P.O. betrachte die Kompensationseinrede mindestens gewissermaßen zugleich als eine Widerklage, obwohl diese Ansicht der Hauptsache nach durch die Auffassung, welche die Kommission für die zweite Lesung des B.G.B. zu den §§ 136, 274 und 491 der C.P.O. — in Uebereinstimmung mit der in dieser Schrift vertheidigten Meinung — ihre Erledigung gefunden haben dürfte.

Hier ist zunächst Schollmeyer (1884)[1]) zu nennen, dem der Begriff der „unentwickelten Widerklage", eines wie er selbst sagt „zwitterhaften", also ungesunden Gebildes, und damit zugleich die Besonderheiten das Dasein verdanken, die etwa aus diesem wenig klaren Begriff hergeleitet werden können und hergeleitet sind. Fast jedem der Sätze, die Schollmeyer über die Umwandlung der früheren Natur der Kompensationseinrede durch die C.P.O. ausspricht, müssen Bedenken entgegengestellt werden, voran dem Satze der Ueberschrift seines § 1: „Die Kompensationseinrede kein reines Vertheidigungsmittel". Der Kern der Ausführungen Schollmeyer's besteht darin, daß nach seiner Meinung die §§ 136 und 274 C.P.O. der Kompensationseinrede den hermaphroditischen Charakter einer Einrede aufgeprägt haben, die zugleich eine Widerklage enthalte; denn nach § 136 werde unter Umständen der Richter in die Lage versetzt, auf Grund der zu gesonderter Verhandlung verwiesenen Kompensationseinrede in gesondertem Prozesse über die Gegenforderung zu entscheiden, nach § 274 werde ferner der Richter in die Lage gesetzt, über die Gegenforderung ein Theilurtheil zu erlassen.

Auf Schollmeyer's Schultern stellte sich dann Osann (1885),[2])

---

[1]) Die Komp.Einrede im Deutschen Reichsprozeß.

[2]) An dem Seite 59 Note 1 angeführten Orte.

dessen Ausführungen das, was Schollmeyer als das Richtige lehrt, noch in seiner weiteren Konsequenz verfolgen und damit die gegen Schollmeyer's Lehre sprechenden Bedenken noch klarer legen. Osann schreckt nicht davor zurück, aus der unentwickelten Widerklage Schollmeyer's eine entwickelte Widerklage zu machen. Der § 293 Abs. 2 soll „zweifellos" auf die Incidentfeststellungswiderklage[1]) des § 253 verweisen und deshalb die Subsumirung der Kompensationseinrede unter die Feststellungsklagen fordern". Dabei betont Osann aufs Schärfste den Charakter der Kompensationseinrede als Widerklage.[2]) Wohin das führt, ergeben seine Folgerungen: die Kompensationseinrede soll zwei Widerklagen in sich schließen; der in ihr enthaltene Anspruch soll einmal — als Incidentfeststellungswiderklage des § 253 — auf Feststellung der Gegenforderung, dann auf Realisirung der Aufrechnung[3]) gehen, sie soll eine Häufung von Feststellungs- und Leistungsklage sein. Das Eine ist so irrig wie das Andere. Wie könnte die Kompensationseinrede eine Incidentwiderklage aus § 253 sein, da der § 253 ausdrücklich einen Antrag auf Feststellung fordert, dieser aber bei der Kompensationseinrede fehlt? Und wie könnte die Kompensationseinrede eine Widerklage auf Realisirung der Aufrechnung sein, da niemals derjenige, der nur einredlich auf eine Gegenforderung sich beruft, einen solchen Aufrechnungsantrag, sondern stets nur den Antrag auf Klagabweisung stellt? Ja, schließlich gelangt Osann dazu, sogar unter Umständen in der Kompensationseinrede eine Klage auf Verurtheilung des Klägers zur Zahlung zu erblicken und diese Verurtheilung als Resultat des Vorbringens der Kompensationseinrede hinzustellen. Dies Resultat soll eintreten, wenn der Richter auf Grund des § 136 C.P.O. die Entscheidung über die Kompensationseinrede zu getrenntem Prozesse verwiesen hat. Auch Planck[4]) (1887) sieht in Geltendmachung der Kompensationseinrede einen Antrag des Beklagten auf Zuerkennung des zur Aufrechnung erforderlichen Theils der Gegenforderung, und Liepmann (1889)[5]) nennt in Uebereinstimmung damit die Kompensationseinrede ein zwar „nicht

[1]) Seite 23.
[2]) Seite 20 „als Widerklage charakterisire ich auch die Komp.Einrede".
[3]) Seite 21, 22 (bes. Note 1).
[4]) Lehrb. des D. C.Pr. 1. Bd. Seite 263.
[5]) Ztschr. für C.Pr. Bd. 13 Seite 100.

der Form, wohl aber der Sache nach" auf Verurtheilung des Klägers zur Leistung des entsprechenden Theiles der „Gegenforderung gerichtetes Verlangen". Wo schreibt unser Prozeßrecht eine „Form" für ein solches Verlangen vor? Enthält ein Parteivorbringen „der Sache nach" einen „Antrag auf Verurtheilung" oder ein „Verlangen", daß der Gegner verurtheilt werde, so liegt eben ein Klagantrag vor, und dieser kann nicht etwa wegen mangelnder „Form" unberücksichtigt bleiben. Wäre also wirklich im Vorschützen einer Kompensationseinrede „dem Inhalte" oder „der Sache" nach ein Antrag auf Verurtheilung des Klägers zu finden, so müßte das Gericht bei begründeter Gegenforderung, aber unbegründeter Hauptforderung den Kläger in Höhe der Gegenforderung verurtheilen. Zu dieser Folgerung haben sich freilich diejenigen, von welchen die Kompensationseinrede ein Antrag auf Verurtheilung des Klägers genannt wird, noch nicht bekannt. Weshalb sollte, wenn die Kompensationseinrede einen Antrag auf Verurtheilung enthielte, § 274 der C.P.O. ein Theilurtheil nur über die zur Endentscheidung reife Hauptforderung, nicht aber über die zur Endentscheidung reife Gegenforderung ermöglichen? Auch wer sich einredeweise auf eine mit Vorbehalt bewirkte Zahlung beruft, muß den Wunsch haben, daß über die Frage, ob die Klagforderung begründet sei, entschieden werde. Noch Niemand hat aber in dem Vorschützen einer solchen Einrede den Antrag auf Feststellung der Klagforderung gefunden. Warum sollte es bei einer mit Vorbehalt bewirkten Aufrechnung anders sein? Wer sich beschränkt, auf die mit Vorbehalt bewirkte Zahlung oder auf die mit Vorbehalt bewirkte Aufrechnung lediglich eine Einrede zu gründen, erklärt damit, daß ihm am Austrage der Frage, ob der Vorbehalt mit oder ohne Grund gemacht sei, in diesem Prozesse nichts gelegen ist.

Deshalb geht ebenso wie Schollmeyer, Planck, Liepmann u. A. Wach[1]) zu weit, indem er in Geltendmachung einer Gegenforderung, wenn der Kompensant lediglich die Klagabweisung beantragt, „einen Antrag nicht nur auf Feststellung, sondern zugleich einen Antrag zur Realisirung des Gegenrechts in Form der Aufrechnung" sieht und verlangt, daß nicht blos über die Existenz des Gegenrechts entschieden, sondern dasselbe auch sofort durch Aufrechnung realisirt

[1]) Vorträge (1879) Seite 105, 107 (2. Aufl. 1896 Seite 138 ff.)

werden müsse. Der letztere Satz insbesondere basirt noch dazu auf der bedenklichen Theorie, daß der Richter die Aufrechnung vollziehe, während es sich bei der im Prozesse parteiseitig erklärten Aufrechnung lediglich um eine bereits vor dem richterlichen Urtheile vollzogene Aufrechnung handelt.

So wenig weiß schwarz, so wenig eine Klage eine Einrede oder eine Einrede eine Klage ist, so wenig kann im Sinne des heutigen Prozeßrechts eine Kompensationseinrede eine Widerklage sein, weder eine entwickelte, noch eine unentwickelte, weder eine stillschweigende, noch eine ausdrückliche, weder eine versteckte, noch eine offene, weder eine Incident-, noch eine Hauptwiderklage, weder eine uneigentliche, noch eine eigentliche der A.G.O.

Die Widerklage der C.P.O. ist eine Klage; sie erfordert als Klage einen Antrag auf Verurtheilung des Gegners, d. h. einen auf diese Verurtheilung gerichteten Willensausdruck;[1]) eine besondere Form ist ebensowenig vorgeschrieben wie beim Klagantrag. Die Incidentfeststellungsklage ist aber nichts Anderes als eine Widerklage; der § 253 C.P.O., der sie einführt, nennt sie ausdrücklich so.

Der Widerspruch, der darin liegt, in der Kompensationseinrede „mehr als eine Einrede", eine versteckte Widerklage zu finden, tritt wohl am sichtlichsten in den Worten Oetkers (1891)[2]) hervor:

„Der kompensirende Beklagte macht, wie der Kläger, einen Anspruch im formellen Sinne geltend. Die Kompensationseinrede ist materiell nicht Einrede, sondern Widerklage im prozessualen Gewande einer Einrede. Die Anspruchsnatur ist versteckt: der Antrag geht auf Klagabweisung, nicht auf die gewünschte richterliche Handlung speziell. Auch wird die Aufhebung der Obligationen im Tenor nicht ausgesprochen, sondern ergiebt sich nur aus den Motiven der Klagabweisung. Das Urtheil ist der Vollstreckung begrifflich nicht fähig. Der Anspruch wird **nur** in der Defensive, zur Bekämpfung des gegnerischen

---

[1]) Vergl. auch v. Wilmowski und Levy, C.P.O., zu § 136 Note 2 (7. Aufl. Bd. 1 Seite 240) gegen Schollmeyer: „Die Erhebung einer Widerklage ist vom Willen der Partei abhängig und kann nicht vom Gericht dekretirt werden; die Partei, welche eine Gegenforderung im Wege der Kompensation geltend macht, hat damit noch nicht ihren Willen ausgedrückt, auch nur eventuell eine Widerklage zu erheben".

[2]) Konkursrechtliche Grundbegriffe Bd. 1 Seite 581, 582.

Anspruchs erhoben. Es kann nicht Ergänzung des Urtheils beantragt werden, wenn ohne Rücksicht auf die Kompensationseinrede verurtheilt worden ist u. s. w."

Da ist die in der Kompensationseinrede versteckte („unentwickelte") Widerklage bereits so sehr zur Widerklage entwickelt, daß sie materiell als eine wirkliche Widerklage und nur fälschlich überhaupt als eine Einrede erscheint. Die Kompensationseinrede ist nach Oetker in Wahrheit keine Einrede, sondern sie ist nur eine in das Kleid der Einrede gehüllte Widerklage. Und weshalb bedarf es dieses eigenthümlichen Umhüllens? Darauf fehlt eine Antwort. Die Anträge der Parteien sollen anscheinend keine Rolle spielen; der Beklagte beantragt zwar im Wege der „Einrede" nichts als Klagabweisung, es kann auch auf nichts Anderes als Klagzusprechung oder Klagabweisung erkannt werden; das wird aber für unerheblich erachtet; materiell „wünscht" der Beklagte im Stillen eine richterliche Aufrechnung, eine Zuerkennung seines in der Gegenforderung liegenden Anspruchs, und dieser heimliche Wunsch genügt, aus der nicht einmal formell vorliegenden Einrede materiell eine Widerklage zu machen; ob eine auf Aufrechnung oder auf Zahlung gerichtete Widerklage, bleibt ungesagt. Wir haben zwar die Wohlthat der menschlichen Sprache, wir haben auch im Prozesse bestimmte Regeln, daß die Parteien das, was sie wünschen und wollen, in klare Worte, in unzweideutige Anträge fassen. Aber für denjenigen, der das Wunderding einer Kompensationseinrede vorbringt, soll das nicht gelten: er bittet lediglich um Klagabweisung, gleichwohl soll er Widerklage zu erheben wünschen, und seine Widerklage soll nunmehr weiter die Eigenart haben, daß sie ebensowenig auf Verurtheilung des Gegners als etwa auf richterliche Feststellung der erfolgten Aufrechnung geht.

Man fragt doch wohl nicht ohne Grund, wozu alle diese Besonderheiten, wenn das Recht dem Beklagten das einfachste Mittel von der Welt einräumt, solche versteckte Wünsche, wie sie angeblich in Geltendmachung der Kompensationseinrede liegen, zu unverstecktem Ausdruck zu bringen: er braucht nur, nachdem er seine Kompensationseinrede vorgebracht hat, das eine Wort auszusprechen, daß er auf Grund seiner Gegenforderung Widerklage erhebe. Die *Widerklage* kann sich nicht blos auf *Zahlung* des etwa überschießenden Theils der Gegenforderung, sondern sie kann sich auch auf Zahlung des zur Kompensation gestellten Betrags richten, und sie wird letzteren Falls für die

Eventualität erhoben, daß über das Bestehen oder Nichtbestehen der Gegenforderung im Hauptprozesse nicht erkannt wird, weil die Hauptforderung unbegründet oder weil die Gegenforderung nicht kompensabel ist. Die Widerklage kann sich außerdem richten auf Feststellung des Nichtmehrbestehens der Klagforderung. Diese drei Arten von Widerklage sind nach § 33 C.P.O. zulässig, weil ihr Gegenstand mit dem gegen den Klaganspruch geltendgemachten Vertheidigungsmittel (d. h. mit der Kompensationseinrede) „in Zusammenhang steht"; ist doch der Gegenstand der Einrede und der Widerklage der nämliche. Nichts steht daher entgegen, dieselbe Gegenforderung in demselben Prozesse einrede- und widerklageweise zu verfolgen. Eine auf Aufrechnung gerichtete Widerklage fällt auch nicht etwa zusammen mit der Hauptklage. Das wäre allerdings der Fall, wenn auch die Hauptklage auf Aufrechnung ginge; sie geht aber auf Zahlung der Hauptforderung. Eine Incidentfeststellungsklage bezüglich der Gegenforderung giebt es nicht; denn der Beklagte würde durch eine solche Klage nur das erreichen, was ihm der § 293 Abs. 2 ohne solche Klage in den Erkenntnißgründen gewährt, welche die Hauptklage beurtheilen. Lediglich weil abgesehen vom Falle der Kompensationseinrede die Entscheidungsgründe betreffs präjudizieller Punkte nicht in Rechtskraft übergehen, ist die Incidentklage eingeführt, um eine solche Rechtskraft zu ermöglichen.[1]) Legt das Gesetz ausnahmsweise einmal der in Erkenntnißgründen liegenden Präjudizialentscheidung Rechtskraft bei, so bleibt für die Incidentklage kein Raum. Die Kompensationseinrede steht in ihrer Wirkung der Incidentklage gleich, die Kompensationseinrede enthält aber so wenig eine Incidentklage, wie überhaupt in einer Einrede eine Klage enthalten sein kann. Ja, wollte ein Beklagter neben seiner Kompensationseinrede unter Berufung auf § 253 eine Incidentklage mit der Bitte erheben, daß die Existenz seiner Gegenforderung als Präjudizialpunkt festgestellt werde, d. h. daß das Gericht in seiner Urtheilsformel sich über jene Existenz ausspräche, so wäre diese Bitte zurückzuweisen. Hängt wirklich die Entscheidung des Rechtsstreits von dem im Laufe des Prozesses streitig gewordenen Bestehen der Gegenforderung ab, so erfolgt diese Entscheidung in

---

[1]) Motive zur C.P.O. Seite 227. v. Wilmowski und Levy, C.P.O., 7. Aufl. zu § 253 Note 1. Oertmann in Busch, Ztschr. f. Civ.Pr. 22 Seite 75.

den über die Hauptklage sich aussprechenden Gründen; damit ist das Interesse des Beklagten ausreichend gewahrt; es fehlt also an dem für eine Incidentklage erforderlichen Interesse. Erhebt aber der Kompensant nicht eine Incidentklage auf Feststellung des Bestehens seiner Gegenforderung, sondern erhebt er eine Widerklage, sei es auf Zahlung der Gegenforderung, sei es auf Feststellung des Nichtbestehens der Klagforderung, so wird ihm Alles zu theil, was er etwa „wünschen" könnte. Die Fiktion einer versteckten, stillschweigenden, unentwickelten Widerklage oder Incidentfeststellungsklage ist unnütz. Ohne den Ausdruck seines Willens, Widerklage zu erheben, bleibt aber dem Kompensanten — mit Recht — versagt, was er unausgesprochen in seinem Herzen trägt.

Das entscheidende Wort hat das Reichsgericht gesprochen, wenn es ausführt:

„Es kann die Meinung mehrerer Ausleger der C.P.O. nicht gebilligt werden, wonach die Kompensationseinrede theoretisch der Widerklage gleichgestellt und daher angenommen wird, daß über den Grund nach § 276 C.P.O. vorab entschieden werden könne. Diese Auslegung findet weder im Gesetze noch in den Motiven ihre Rechtfertigung. Der § 136 stellt die einredeweise vorgebrachte Gegenforderung den in einer Klage erhobenen Ansprüchen nur insofern gleich, als das Gericht deren getrennte Verhandlung anordnen kann, wenn sie mit der in der Klage geltendgemachten Forderung nicht in rechtlichem Zusammenhange stehe; der § 254 sagt, wie sich insbesondere aus seinem Zusammenhang mit § 253 ergiebt, nicht, daß der einredeweise erhobene Anspruch die Rechtshängigkeit begründe, also die Kompensationseinrede als Anspruch im Sinne der Klage und Widerklage zu gelten habe, und aus § 274, welcher ein Theilurtheil über die Forderung (nicht auch die Gegenforderung, welche im Wege der Einrede geltend gemacht ist) zuläßt, folgt nichts für die Statthaftigkeit des Zwischenurtheils im Sinne des § 276; es könnte hieraus eher das Gegentheil hergeleitet werden,"

und wenn es später hinzufügt:

„durch die Kompensationseinrede wird nach der C.P.O. nicht ebenso wie durch die Widerklage bezüglich der Gegenforderung

Rechtshängigkeit begründet; dieselbe hat vielmehr lediglich den Charakter eines Vertheidigungsmittels."[1])

Die Besonderheit dieses Vertheidigungsmittels hat dann weiter das Reichsgericht mit der hier vertretenen Ansicht darein gesetzt, daß aus den Urtheilsgründen ermittelt werden müsse,[2]) ob der Richter die zur Vertheidigung herangezogene Gegenforderung als durch die begründete Hauptforderung getilgt oder ob er die Gegenforderung nicht als getilgt ansehe. Nur für den ersteren Fall sprach das Reichsgericht aus, daß eine der Rechtskraft fähige Entscheidung über Nicht(mehr)bestehen der einredlich vorgeschützten Gegenforderung vorliege.

Alle übrigen Besonderheiten dagegen, welche man aus der mangelhaften Fassung der §§ 136, 274 C.P.O. für die Kompensationseinrede herzuleiten versucht hat, verwarf das Reichsgericht durch die wichtige Entscheidung der vereinigten Civilsenate vom Jahre 1893,[3]) indem es aussprach, daß jene Paragraphen bereits nach dem Willen des Gesetzgebers der C.P.O. so zu verstehen seien, wie der Entwurf des Einführungsgesetzes zum B.G.B. und die Denkschrift zum B.G.B. sie in deutlicherer Fassung wiedergeben wollte.[4]) Die Quintessenz dieser Entscheidung ist, daß, wer eine Kompensationseinrede erhebt, damit nicht einen möglicherweise in besonderem Prozesse zu erledigenden Anspruch auf Aufrechnung oder gar auf Verurtheilung zur Zahlung geltend macht, sondern nur ein Vertheidigungsmittel, das in dem durch die Klage anhängig gewordenen Prozesse zu erledigen ist; sollte es anders sein, so würde es „einer unzweideutigen Gesetzesbestimmung dieses Inhalts bedurft haben, die in den §§ 136, 274 nicht zu finden sei".

Es bleibt also dabei: Ein Prozeß, in welchem eine Kompensationseinrede vorgeschützt wird, ist kein Doppelprozeß, sondern er ist ein Prozeß, mag getrennte Verhandlung angeordnet und mag ein Theilurtheil erlassen sein oder nicht; als Ziel dieses Prozesses wie jedes anderen Prozesses stellt sich ausschließlich die Zusprechung oder die Absprechung der Klagbitte dar.

---

[1]) Entsch. in Civ.S. Bd. 6 Seite 420 f.; Bd. 16 Seite 375.

[2]) Erk. vom 30. Mai 1896 in der besonderen Beilage des Reichsanzeigers Nr. 3 Seite 293 (vergl. oben Seite 69).

[3]) Entsch. in Civ.S. Bd. 31 Seite 1 f.

[4]) Siehe oben Seite 55. 58.

Wer behaupten will, bei illiquidem Klaganspruch und liquider Kompensationseinrede sei gegen die allgemeine Regel Beweiserhebung über den Klaganspruch geboten, kann die Begründung seiner Behauptung nicht im Prozeßrecht finden; es erübrigt ihm nur, sie im materiellen Rechte, d. h. in der besonderen Natur der Aufrechnung zu suchen.

Auch dies Suchen ist vergeblich, wie im Nachfolgenden dargelegt werden wird.

Drittes Buch.

Zahlung und Aufrechnung.

Erster Abschnitt.

Zahlung.

§ 11. Zahlung mit und ohne Schuldanerkennung (Definitiv- und Eventualzahlung).

Wenn die Aufrechnung mit einer Gegenforderung eine ideelle Zahlung ist,[1]) so liegt es nahe, aus den Grundsätzen, welche über die reelle Zahlung gelten, Argumente für die Aufrechnung herzuleiten, namentlich aber die Zahlungseinrede und die Kompensationseinrede näher zu vergleichen, als dies bereits oben nach zwei einzelnen Richtungen hin geschehen ist.[2])

Zu solchem Zwecke mag aus der Lehre von der Zahlung Folgendes herausgehoben werden:

Wer zahlt, gesteht thatsächlich ein zu schulden; schuldet er in Wirklichkeit nicht, so kann er nur zurückfordern, wenn er außer dem Beweise der Nichtschuld einen Irrthum auf seiner Seite beweist; dieser Irrthumsbeweis ist nöthig, weil der Zahlung nur bei irrthümlicher Annahme der Schuld die Bedeutung einer Schuldanerkennung abgeht. Von gleichem Grundsatze geht die C.P.O. auf dem prozessualischen Gebiete aus, wenn sie in § 263 dem Widerruf eines gerichtlichen Geständnisses nur im Falle der Unwahrheit des Zugestandenen und eines das Geständniß veranlassenden Irrthums Wirksamkeit beilegt. Der Irrthumsbeweis ist aber — weil er auf ein inneres Moment gerichtet ist — ein besonders schwieriger Beweis. In der Praxis neigte man deshalb bei der Zahlung dahin, aus dem geführten Beweise der Nichtschuld auf den Irrthum zu schließen.

---

1) Siehe oben Seite 2.

2) Siehe oben Seite 70.

Sagt ja doch schon das A.L.R. I. 16 § 166, daß das, was auf Grund einer vermeinten, aber nicht wirklich vorhandenen Verbindlichkeit und „also" aus Irrthum gezahlt sei, zurückgefordert werden könne. Das B.G.B. hat deshalb nach §§ 812 ff. den Irrthum als besondere Voraussetzung des Anspruchs auf Zahlung gänzlich fallen gelassen. Die Folge ist, daß nach dem Inkrafttreten des B.G.B. der Empfänger einer Zahlung in weiterem Umfange als früher in Unsicherheit bleibt, ob er das Gezahlte zu behalten berechtigt ist.

Bei der Zahlung kann man aber nach früherem Rechte wie nach dem B.G.B. (das keine abändernde Bestimmung in dieser Beziehung enthält) erklären, man wolle nur unter der Voraussetzung zahlen, daß die Forderung, deren Zahlung verlangt wird, existire, man wolle diese Forderung nicht etwa durch die Zahlung anerkennen, sondern behalte sich nachträgliche Prüfung des Bestehens der Forderung vor, oder, was meist auf dasselbe hinauskommt, man behalte sich vor, daß der Zahlungsempfänger seine Forderungsberechtigung darthue. Eine Zahlung solcher Art heißt technisch „Zahlung mit Vorbehalt".

Betrachten wir diese Art der Zahlung näher. Sie ist eine der täglich hundertfach üblichen Arten der Zahlung gegenüber den Anforderungen von Stempelsteuern. Denn hier bestimmt das Gesetz,[1]) daß eine Voraussetzung der Klage auf Rückgewähr ungerechtfertigt erhobener Stempelsteuern — sofern dieselben nicht zwangsweis beigetrieben sind[2]) — die „mit Vorbehalt geleistete" Zahlung ist; wer ohne Vorbehalt Stempelsteuern zahlt, die er nicht schuldet, erkennt seine Steuerpflicht an und kann den Rechtsweg auf Rückforderung der Steuern nicht beschreiten. Außerdem versteht sich Mancher zu einer „Zahlung mit Vorbehalt", weil er vermeiden will, als Beklagter vor Gericht gezogen zu werden, oder weil ihm die Mahnungen seines vermeintlichen Gläubigers lästig fallen, vorausgesetzt, daß ihm das Bestehen der geltendgemachten Forderung zur Zeit zweifelhaft, ihm aber der als Gläubiger Aufgetretene für eine etwaige Rückzahlung sicher ist. Seitdem nun gar unsere C.P.O. die vorläufige Vollstreckbarkeit der Erkenntnisse eingeführt hat, ist der Zahlung „mit Vorbehalt" noch ein viel weiteres Gebiet eingeräumt worden: ein Beklagter, dem das Urtheil die vorläufige

[1]) A.L.R. II.18 § 80. Preuß. Ges. v. 24. Mai 1861 (G.S. Seite 241) § 12. Reichs-G. v. 29. Mai 1885 (RGBl. S. 171) § 22a (S. 176) und § 32 (S. 186).

[2]) Actio quod metus causa!

Zwangsvollstreckung androht, wird gern diese Zwangsvollstreckung vermeiden, indem er „mit Vorbehalt der endlichen Entscheidung über den Klaganspruch" zahlt.

Noch Niemand hat angezweifelt, daß eine mit solchem Vorbehalte geschehene, vom Gegner angenommene Geldhingabe eine Tilgung der betreffenden Forderung bewirke, daß darin das zweiseitige Rechtsgeschäft der „Zahlung" liege, daß also ein nochmaliger Anspruch des Gläubigers auf Zahlung ausgeschlossen sei.

Unter welchen Regeln prozessualisch wie materiell aber diese Zahlung mit Vorbehalt steht, ist kaum irgendwo erörtert; denn sie ist ein in Wissenschaft,[1]) Gesetzgebung und Rechtsprechung[2]) wenig entwickeltes Institut. Selbst die Verpflichtung des Gläubigers zur Annahme einer mit Vorbehalt geleisteten Zahlung ist zweifelhaft. Wer den Gläubiger für befugt erklärt, die Annahme einer Zahlung abzulehnen, bei welcher der Schuldner erklärt, es bleibe die Entscheidung, ob die Forderung bestehe, vorbehalten, der muß den Rechtssatz erweisen, daß der Schuldner verpflichtet sei, nicht blos das geforderte Geld dem Gläubiger solvendi causa eigenthümlich zu übertragen, sondern auch das Bestehen der Forderung anzuerkennen. Es dürfte schwer sein, den Beweis einer solchen Anerkennungspflicht zu erbringen.[3]) Bähr,[4]) der auch bei der mit Vorbehalt geleisteten Zahlung das Vorhandensein des animus solvendi nicht vermißt, nimmt gleichwohl an, „ohne Zweifel" habe der Gläubiger ein Recht auf Zahlung mit Anerkennung der Schuld. Bei fehlender sonstiger Begründung ist das „ohne Zweifel" eine bedenkliche Begründung. Man sollte meinen, dem Interesse des Gläubigers sei genug geschehen, wenn ihm der als Schuldner Angegangene den geforderten Betrag

---

[1]) Deshalb stellte die Preuß. Justizprüfungskommission einschlagende Fragen als Aufgaben für die wissenschaftliche Arbeit der großen Staatsprüfung bereits im Jahre 1888 und wiederholt in 1896. Aus einer solchen von der Kommission belobten Prüfungsarbeit entstand der Aufsatz von Neisser in Gruchot's Beiträgen Bd. 34 Seite 275 f. Im Wesentlichen ist den Resultaten, die hier gefunden sind, zuzustimmen.

[2]) Hier sind nur zu nennen die Entscheidungen des R.O.H.G. Bd. 5 Seite 151 f. (1872), Bd. 19 Seite 323 f. (1876).

[3]) Hier darf auf die oben Seite 15 als rechtlich unbegründet hingestellten Klagbitten verwiesen werden, welche vom Beklagten die „Anerkennung" einer Schuld fordern.

[4]) Anerkennung § 20 (3. Aufl. Seite 58), § 69 (Seite 236).

zu Eigenthum überträgt. Erklärt bei diesem Akte der Schuldner, die Existenz der Schuld dahingestellt sein lassen zu müssen oder zu wollen, so kann das entweder dem Gläubiger gleichgültig sein, weil er der Existenz seiner Forderung gewiß ist und gewiß sein muß, oder es kann ihm selbst wegen des vom Schuldner angeregten Zweifels die Existenz seiner Forderung zweifelhaft werden. Ersteren Falles ficht der vom Schuldner angeregte Zweifel den Gläubiger überhaupt nicht an. Letzteren Falles erwächst ihm allerdings ein lebhaftes Interesse, den Zweifel beseitigt zu sehen, damit ihm die Gewißheit werde, daß er, ohne etwa eine Rückzahlung leisten zu müssen, über den mit Vorbehalt empfangenen Betrag definitiv verfügen kann. Aber diesen Zweifel zu beheben, giebt es ein unbedingt sicheres Mittel überhaupt nicht. Auch bei vorbehaltlos geleisteter Zahlung droht jedem Zahlungsempfänger — ungeachtet der in solcher Zahlung liegenden Schuldanerkennung — die condictio indebiti. Diese Klage ist nur schwieriger zu begründen als die Rückforderungsklage bei der mit Vorbehalt geleisteten Zahlung. Bei beiden Arten von Zahlungen kommt weiter in Betracht, daß der Zahlungsempfänger befugt ist, mittels Klage richterlich feststellen zu lassen, daß ein vom Zahlenden behauptetes Rückforderungsrecht nicht besteht, mag dies Rückforderungsrecht durch einen der Zahlung beigefügten Vorbehalt oder sonstwie zum Ausdruck gebracht sein. Wozu sollte beim zweifellosen Vorhandensein dieses Schutzmittels das Recht noch unnützerweise die Befugniß verleihen, eine solche Zahlung zurückzuweisen? Diese Zurückweisung würde doch nur wiederum eine Klage erzeugen, deren Zweck die Feststellung der angezweifelten Forderung (in Verbindung mit der Verurtheilung des Beklagten zur Zahlung) wäre. Den Beweis, daß im Sinne des Gesetzgebers eine Pflicht zur Annahme der mit Vorbehalt angebotenen Zahlung besteht, liefert für ein großes Gebiet, auf welchem derartige Zahlungen besonders praktisch sind, die oben[1]) berührte Vorschrift, daß gezahlte Stempel nur nach erfolgter Beitreibung oder „mit Vorbehalt geleisteter Zahlung“ zurückgefordert werden können, eine Vorschrift, die ihren Zweck verfehlen, ja die sinnlos sein würde, wenn nach dem Willen des Gesetzgebers der Stempelerheber die Annahme der ihm mit Vorbehalt angebotenen Zahlung ablehnen könnte. Der Gesetzgeber findet es im Staatsinteresse nöthig,

[1]) Siehe Seite 98.

daß der Fiskus nicht in das Unbegrenzte hinein, gleich jedem Privaten, bei gezahlten Stempeln der Rückforderung ausgesetzt sei. Deshalb soll dem Stempelzahler die condictio indebiti entzogen, es soll die Rückforderung ohne Vorbehalt gezahlter Stempel auch im Falle der Nichtschuld ausgeschlossen und der Stempelzahler 1. auf diejenige Rückforderung, welche bei der Zahlung mit Vorbehalt gegeben ist, beschränkt und 2. genöthigt sein, sie binnen sechs Monaten geltend zu machen. Allen billigen Anforderungen ist ja damit genügt, wenn dem Stempelzahler — unter Ausschluß der condictio indebiti — das Recht gewährt wird, seine Zahlung mit Vorbehalt zu leisten. Dies wäre aber ein eigenthümliches Recht, wenn es der Stempelerheber durch Weigerung der Zahlungsannahme illusorisch machen dürfte. Davon, daß diese Weigerung unzulässig sei, sagt das Gesetz nichts, weil sich das von selbst versteht. Das Gesetz müßte sich aber darüber aussprechen, daß in diesem Spezialfalle die Annahme der mit Vorbehalt angebotenen Zahlung nicht abgelehnt werden dürfe, wenn sonst nach allgemeinem Rechte die Ablehnung statthaft wäre. Nach der Fassung, daß die mit Vorbehalt geleistete Zahlung den Rechtsweg eröffne, hat also das Gesetz den allgemeinen Satz zur stillschweigenden Voraussetzung, daß überhaupt der Gläubiger eine solche Zahlung nicht zurückzuweisen befugt ist.[1])

Da eine Zahlung (eine definitive, wie eine Vorbehalts-Zahlung) nur vorliegt, sobald das Gezahlte angenommen ist, so wird die Frage, ob der Gläubiger eine Zahlung, die ihm unter Vorbehalt angeboten wird, annehmen muß, nur dann praktisch, wenn der Gläubiger eine

[1]) Eine der hier besprochenen verwandte Bestimmung hatte das A.L.R. in § 477 Thl. II Tit. 7 für das Verhältniß zinspflichtiger Unterthanen: Der im Besitz streitig gewordener Zinsen befindlichen Herrschaft muß der Unterthan die Zinsen während des Prozesses „mit Vorbehalt seines Rechtes entrichten". Dem Gutsherrn fehlte das Beitreibungsrecht, das der Staat wegen der Steuern hat; zu Gunsten des im Besitz befindlichen Gutsherrn soll aber der Richter vorläufig beitreiben. Die Streitfrage, die aus dieser Bestimmung erwuchs, ob der Zinspflichtige bei solcher vorläufig ihm auferlegten Zahlung den „Vorbehalt seines Rechtes" zum Ausdruck bringen müsse, hat das Obertribunal mit Recht dahin entschieden, daß das Gesetz den Vorbehalt bereits ausspreche, eine Wiederholung des Vorbehalts im Einzelfalle unnöthig sei (Hiersemenzel, Ergänz. zum A.L.R. 2. Thl. 1854 Seite 207, Schlußabsatz). Hier haben wir es also mit einer Zahlung zu thun, die gesetzlich für eine Zahlung mit Vorbehalt erklärt ist. Die Zahlung geforderter Stempel ist eine solche Zahlung nicht; bei ihr muß der Vorbehalt vom angegangenen Schuldner speziell erklärt werden.

mit Vorbehalt angebotene Zahlung anzunehmen verweigert hat und hinterher Zahlung des Hauptgeldes nebst etwaigen Zinsen fordert. Hier kommt zur Entscheidung, ob die mit Vorbehalt angebotene Zahlung den Gläubiger in moram accipiendi versetzt. Man könnte meinen, ein Schuldner, der mit Vorbehalt zahle, habe nicht den wahren animus solvendi. Dem Gläubiger stehe das Recht zu, die Leistung in dem Sinne bewirkt zu sehen, in welchem er sie fordere. Aber erfolgt nicht die Leistung animo solvendi, und ist es nicht gerechter, wie auch wirthschaftlich richtiger die Folgen der Zweifelhaftigkeit der Forderung den Gläubiger, der doch die beste Kenntniß von der Existenz oder Nichtexistenz der Forderung haben muß, tragen zu lassen statt den Schuldner, der vom Anspruche des Gläubigers überrascht wird und sich nicht einmal durch Hinterlegung der mit Vorbehalt angebotenen Summe von seiner Schuld und seiner Zinspflicht frei zu machen im Stande ist? Denn die Weigerung der Annahme einer mit Vorbehalt angebotenen Zahlung bildet im Sinne Derjenigen keinen Hinterlegungsgrund, welche in solchem Falle ein ordnungsmäßiges Zahlungsangebot leugnen. Es wäre darum im höchsten Grade unbillig, den zur Zahlung Aufgeforderten, der über seine Schuld zweifelhaft ist, vor die Alternative zu stellen, entweder mit Anerkennung der Schuld zu zahlen oder von der Klage an Verzugszinsen zu entrichten, wenn demnächst die Existenz der Schuld sich ergiebt.

Nach alledem wird als allgemeine Regel die Pflicht des Gläubigers zur Annahme einer mit Vorbehalt angebotenen Zahlung behauptet werden dürfen.[1]) Für unsere Zwecke kann indeß diese Frage dahingestellt bleiben, da bei angenommener Vorbehaltszahlung jede Klage des Gläubigers auf nochmalige Zahlung ausgeschlossen ist; ihr steht die Einrede entgegen: habes, quod petis oder, wenn man will, die exceptio pacti. Denn wer im Prozesse eine von dem Beklagten mit Vorbehalt angebotene Zahlung annimmt, einigt sich mit dem Beklagten dahin, daß die auf Zahlung erhobene Klage keinen weiteren Fortgang haben soll, und wer vor Einleitung eines Prozesses als Forderungsprätendent eine von seinem

[1]) So auch Reisser in Gruchot's Beitr. Bd. 34 Seite 281 Note 7. Für das Gebiet des code civil, der über die Zahlung mit Vorbehalt nichts bestimmt, nehmen Demolombe XXVIII Nr. 83 und Laurent XVIII Nr. 187 die Annahmepflicht des Gläubigers an.

vermeintlichen Schuldner mit Vorbehalt angebotene Zahlung annimmt, einigt sich mit dem vermeintlichen Schuldner dahin, daß eine Klage auf Zahlung nicht mehr stattfinden soll: negotium contractum est inter eos.[1]) Allerdings hat der Zahlungsempfänger ein erhebliches Interesse daran, daß der Vorbehalt fallen gelassen oder zurückgenommen wird, um hierdurch nach Möglichkeit darüber vergewissert zu werden, ob der Geldbetrag ihm definitiv zur Verfügung bleibt, oder ob er einen Rückforderungsanspruch des Zahlenden zu fürchten hat. Dies Interesse besteht aber auch bei der ohne Vorbehalt geleisteten Zahlung,[2]) und es kann bei der mit Vorbehalt geleisteten Zahlung nimmermehr mit einer Klage auf Zahlung, sondern nur mit einer Klage auf Feststellung des zwischen ihm und dem Zahlenden bestehenden oder nichtbestehenden Rechtsverhältnisses verfolgt werden, d. h. auf Feststellung des Nichtbestehens eines Rückforderungsanspruchs. Denn, wenn in der Definitivzahlung eine Anerkennung der Forderung des Zahlungsempfängers liegt, so liegt in der mit Vorbehalt geleisteten Zahlung ein Bestreiten dieser Forderung und gleichzeitig ein Berühmen Seitens des Zahlenden, er habe einen Rückforderungsanspruch. Im älteren gemeinen Prozeß würde also der Zahlungsempfänger eine provocatio ex lege diffamari haben erheben können. Und will der Zahlende die Frage zum Austrage bringen, ob er zu zahlen verpflichtet oder nicht verpflichtet war, so klagt er auf Rückzahlung. Dann hat er, wenn er ohne Vorbehalt zahlte, die Nichtschuld zu beweisen, während er bei der mit Vorbehalt erfolgten Zahlung den Gegner nöthigt, einredeweise seinen Forderungsanspruch darzuthun. Nicht richtig wäre es, vom Kläger, der mit Vorbehalt Zahlung geleistet hat, zur Begründung seines Rückzahlungsanspruchs den Beweis seiner Nichtschuld, wie bei der condictio indebiti, zu verlangen. Denn bei dieser condictio trifft den Kläger der Beweis der Nichtschuld deshalb, weil er durch bedingungslose Zahlung die Schuld anerkannt hat; die Zahlung mit Vorbehalt hingegen hat gerade den Zweck, eine Schuldanerkennung auszuschließen; der Parteistreit über die Existenz der Schuld soll dahingestellt bleiben, und deshalb soll auch bezüglich der

---

[1]) L. 2 pr. D. d. cond. ind. 12, 6. Auch Neisser bei Gruchot Bd. 34 Seite 278 f. Entsch. des R.O.H.G. Bd. 5 Seite 155.

[2]) Siehe oben Seite 98.

Frage, wer die Existenz der Schuld zu beweisen hat, durch die Zahlung mit Vorbehalt nichts geändert werden.[1])

Wer würde sich noch zu einer Zahlung mit Vorbehalt herbeilassen, wenn er damit die Beweislast der Nichtexistenz der Forderung für einen künftigen Prozeß übernähme? Der mit Vorbehalt Zahlende will, obwohl er die Forderung nicht anerkennt, ausnahmsweis dem Fordernden das geforderte Geld zur Verfügung stellen, er will aber seinerseits das Recht erwerben, lediglich auf Grund seines Vorbehaltes und der geleisteten Zahlung das Geld zurückzufordern, es müßte denn der Empfänger sein Forderungsrecht beweisen, wie er es zu beweisen verpflichtet gewesen wäre, wenn der Zahlende sich — statt zu zahlen — auf Zahlung hätte verklagen lassen. Bezüglich desjenigen Vorbehalts, welcher bei der Zahlung von Stempelsteuern zugefügt zu werden pflegt,[2]) kann darüber nicht der mindeste Zweifel sein. Wer zwangsweis beigetriebene Stempelsteuern zahlt, wird vom Gesetze bezüglich seines Rückforderungsrechtes dem gleichgestellt, der mit Vorbehalt zahlt. Wie jener, so muß auch dieser, wenn er zurückfordert, in der Lage sein, vom Gegner den Beweis der Existenz der Steuerforderung zu verlangen. Den Einen in dieser Beziehung günstiger als den Anderen stellen zu wollen, wäre Widersinn; das würde nur dahin führen, daß es bei allen streitigen Stempelsteuerforderungen zur Beitreibung käme. Es ist nicht abzusehen, warum sonstige Zahlungen mit Vorbehalt anders zu beurtheilen wären als die mit Vorbehalt geleisteten Stempelsteuerzahlungen.

Dem Schuldner steht also jederzeit die Rückforderungsklage zu, die ihre genügende Grundlage lediglich in der Thatsache findet, daß mit Vorbehalt gezahlt ist.[3]) Andererseits ist durch die mit Vorbehalt geleistete Zahlung der Anspruch des Gläubigers auf Zahlung getilgt. Nur was bei der vorbehaltlosen Zahlung neben dieser materiellen Tilgungswirkung hergeht — die Anerkennung der Schuld — fehlt bei der mit Vorbehalt geleisteten Zahlung. Die

[1]) Nachdem das B.G.B. §§ 812, 814 den Irrthum als Voraussetzung der cond. indeb. hat fallen lassen, beschränkt sich nunmehr der Unterschied dieser cond. von der auf Grund einer Vorbehaltszahlung gegebenen condictio gerade darauf, daß bei ersterer cond. der Kläger die Nichtschuld beweisen muß, während er bei letzterer den Beweis der Schuld vom Beklagten erwarten darf.

[2]) Siehe oben Seite 98. 100.

[3]) Vergl. oben Seite 103.

Folge davon ist, daß selbstverständlich durch Annahme einer solchen Zahlung die Forderung mit allen ihren Accessorien untergeht, daß also Bürgen und Pfänder bedingungslos frei werden.[1]) Der Gläubiger ist ja — mehr als durch Bürgen und Pfänder — dadurch gesichert, daß ihm der Betrag seiner Forderung zur Verfügung gestellt ist. Diesen Betrag muß er zwar wieder herausgeben, wenn ihm der Beweis seines Forderungsrechtes etwa mißlingt; aber tritt dieser Fall ein, so nützen ihm auch Pfänder und Bürgen nichts; denn ihre Wirksamkeit setzt gerade die Existenz der Forderung voraus. Und gelingt dem Gläubiger in einem späteren Prozesse der Beweis seiner Forderung, dann behält er den gezahlten Betrag und bedarf keiner Pfänder und Bürgen mehr. Aus der Wirkung der mit Vorbehalt geleisteten Zahlung als materieller Tilgung folgt dann zugleich, daß prozessual die Einrede aus einer solchen Zahlung genau die nämliche Wirkung hat wie die Einrede der Zahlung überhaupt; sie schließt unbedingt jede auf Zahlung gerichtete Klage aus: der betreffende Geldbetrag ist dem Vermögen des Gläubigers (wenn auch vielleicht nur vorübergehend) einverleibt; wie sollte das Recht dazu kommen, solange dieser Zustand dauert, dem Gläuber die Befugniß einzuräumen, nochmals auf „Zahlung" zu klagen?

Ein weiterer Streitpunkt ist, ob die mit Vorbehalt geleistete Zahlung im Rechtssinne eine „bedingte" Zahlung genannt werden kann. Wer davon ausgeht, daß das Setzen eines nur subjektiv ungewissen, objektiv aber gewissen Ereignisses eine „Bedingung" nicht sei, muß der Zahlung mit Vorbehalt die Eigenschaft einer bedingten Zahlung dann absprechen, wenn er den Vorbehalt dahin versteht: „ob ich schulde, ist zwar nach den in der Vergangenheit liegenden Thatumständen objektiv nicht ungewiß, nur subjektiv bin ich darüber im Zweifel; gleichwohl zahle ich mit Vorbehalt der Rückforderung für den Fall, daß meine subjektiven Zweifel eine objektive Grundlage haben." Versteht man dagegen den Vorbehalt bei der geleisteten Zahlung so, daß die Rückforderung ausgeschlossen sein soll, wenn der Zahlende demnächst, sei es im Prozesse, sei es außerhalb des Prozesses, von der Existenz der Forderung sich überzeuge, so erscheint der bei der Zahlung gestellte Vorbehalt als eine

---

[1]) Koch, Kommentar, zu § 160 A.L.R. I. 16; Förster-Eccius, Pr.Priv.R. Bd. 1 (7. Aufl.) § 91 Nr.6; Entsch. des Reichs-G. Bd. 7 Seite 184, 186, 187.

wahre, auf ein zukünftiges noch ungewisses Ereigniß (den Nachweis der Existenz der Forderung) gestellte Bedingung. Die letztere Auffassung entspricht der Sachlage mehr als die erstere. Die mit Vorbehalt geleistete Zahlung darf also immerhin eine bedingte Zahlung genannt werden. Faßt doch auch das römische Recht die Zahlung mit Vorbehalt als bedingte Zahlung auf, wenn es lehrt:

si quis sic solverit, ut, si apparuisset esse indebitum, ... reddatur, repetitio locum habebit; negotium enim contractum est inter eos,[1])

oder:

quod si quis forte ita solvat, ut, nisi ratum habeatur, convincat, si dominus solutionem ratam non habuerit, condictio ei, qui solvit competat.[2])

Dies führt zu der Frage, ob die Zahlung überhaupt ein Akt ist, der eine Bedingung verträgt.

Vom allgemeinen Gesichtspunkte aus wird man diese Frage zu verneinen haben, wie sie zwar nicht das B.G.B. in der Lehre von den Bedingungen (§§ 158 bis 163), wohl aber die Motive zu dem von der Aufrechnung handelnden § 283 des Entwurfs I verneinen,[3]) indem sie einen Ausspruch des Gesetzes über die Unzulässigkeit der Beifügung einer Bedingung bei der Aufrechnung zwar für nöthig, bei der Zahlung aber für unnöthig erklären, weil der Gläubiger gewiß eine bedingte Zahlung ablehnen könne.

Der Grund, weshalb die Zahlung ihrem juristischen Wesen nach eine Bedingung nicht verträgt, liegt darin, daß der Akt der Zahlung in einer Thatsache besteht, eine Thatsache aber nicht auf der einen Seite als gegenwärtig eingetreten, auf der anderen Seite durch Zufügen einer Bedingung als erst möglicherweise in der Zukunft eintretend hingestellt werden kann. Man kann ebensowenig bedingt zahlen, wie man Jemandem „bedingt" einen Schlag versetzen oder wie man nach dem von Eccius gewählten Beispiele „bedingt" spazieren gehen kann. Liegt die Hingabe und die Annahme von Geld

---

[1]) Ulp. l. 2 pr. D. d. cond. ind. 12,6. In l. ult. C. d. cond. indeb. 4,5 redet Justinian von einer „incerto animo" gezahlten Nichtschuld und erklärt, in solchem Falle „repetitionem non denegari et praesumtionem transactionis (d. h. die Vermuthung der Schuldanerkennung) non contra eos induci".

[2]) Ulp. l. 18 pr. D. de solut. 46,3.

[3]) Bd. II Seite 108.

solvendi animo vor, so ist gezahlt; es ist unmöglich, der Art zu zahlen, daß je nach dem Nichteintritt eines ungewissen Ereignisses nicht gezahlt sei. Die Erklärung, daß eine geleistete Zahlung erst vom Eintritte eines solchen Ereignisses an ein rechtswirksamer Akt sein soll, ist eine protestatio facto contraria und als solche bedeutungslos. Die Bedingung gilt demnach als nicht beigefügt, die Zahlung dagegen ist geschehen. Keineswegs wird etwa der Akt der Zahlung durch die beigefügte Bedingung vernichtet.

Zahlungen mit einer Erklärung des Zahlenden, er mache seine Zahlungsleistung von einem künftigen ungewissen Ereignisse abhängig, gehören im Rechtsleben gewiß zu den Seltenheiten. Nur ein Sonderling könnte sich veranlaßt sehen, den Schuldbetrag auf den Tisch zu zählen und den Gläubiger den Betrag einstreichen zu lassen, dabei aber zu erklären, dieser Akt solle nur als Zahlung gelten, wenn es innerhalb acht Tagen nicht regne. Schwerlich wird ein Richter, wenn der Zahler, weil es innerhalb acht Tagen geregnet habe, auf Rückzahlung klagt, eine solche Klage für begründet erklären. Schon anders liegt die Sache, sofern der geleisteten Zahlung etwa die Bedingung beigefügt wäre: „wenn innerhalb der nächsten acht Tage mich nicht ein Wechselgläubiger verklagt". Eine solche Erklärung einem die Zahlung verlangenden Gläubiger gegenüber kann bedeuten: „ich erkenne zwar deine Forderung an; da ich aber augenblicklich in Geldverlegenheit bin und nicht alle meine Gläubiger zu befriedigen in der Lage bin, zumal innerhalb der nächsten acht Tage möglicherweise Wechselgläubiger gegen mich vorgehen, so lege ich hiermit zwar den Betrag deiner Forderung in deine Hände, aber der Betrag soll nur unter der Voraussetzung zur Tilgung deiner Forderung dienen, daß mich in den nächsten acht Tagen Wechselgläubiger nicht drängen; geschieht dies, so mußt du das Geld mir wiedergeben, damit ich zunächst meine Wechselgläubiger bezahle; dir bleibt dann überlassen, mich zu verklagen". Ein Gläubiger, der nach solcher Erklärung das dargebotene Geld annimmt, schließt mit dem Schuldner eine keineswegs unwirksame Vereinbarung. Es fragt sich nur, unter welchem Gesichtspunkte sie aufzufassen ist. Sie kann und wird regelmäßig als eine Resolutivbedingung gemeint sein, d. h. der Vorgang ist so zu verstehen, daß die Hingabe des Geldes alsbald eine wirksame Zahlung enthält, daß aber damit der Nebenvertrag verbunden ist, bei Eintritt einer noch ungewissen Thatsache soll zurückgezahlt werden. Immerhin

ist aber möglich, daß nach dem Willen des Schuldners die Hingabe des Geldes noch keine Zahlung sein, vielmehr erst eine solche nach acht Tagen werden soll, nämlich dann, wenn kein Wechselgläubiger gedrängt hat. Läßt der Vorgang diese Auffassung zu, so bedeutete die Hingabe des Geldes vorläufig ein bloßes Depositum, eine Sicherung des Gläubigers unter Festsetzung eines Zahlungsaufschubs, und wir hätten es in der That hier mit einer suspensiven Bedingung zu thun, nämlich mit einem Akte, der im Augenblicke seiner Vornahme noch keine Zahlung sein sollte, weil dem Zahlenden der animus solvendi (der Willen damals zu zahlen) fehlte, der aber im Augenblicke des Nichteintritts der Bedingnug — dem Willen beider Theile entsprechend — zur Zahlung werden sollte. In diesem Sinne könnte man in der That von einer suspensivbedingten Zahlung reden. Es ist Sache der Interpretation des Parteiwillens, ob im Einzelfalle eine suspensiv- oder eine resolutivbedingte Zahlung vorliegt.

Das bei weitem Häufigere wird die resolutiv-bedingte Zahlung sein. Wer seinem Gläubiger das geschuldete Geld hingiebt mit der Erklärung: „du sollst hiermit bezahlt sein, aber nur unter der Voraussetzung, daß mich in den nächsten acht Tagen meine Wechselgläubiger nicht drängen“, zahlt mit dem Vorbehalt der Rückforderung, wenn binnen acht Tagen ein Wechselgläubiger drängt. Er erwirbt also, gesetzt daß ein Wechselgläubiger drängt, die Rückforderungsklage, zu deren Begründung im Falle des Streites er beweisen muß: 1. daß er mit dem besagten Vorbehalt gezahlt hat, 2. daß die im Vorbehalte ausgedrückte Bedingung eingetreten ist. Die Frage, ob die Forderung, auf welche gezahlt wurde, besteht oder nicht besteht, spielt in einem solchen Rückforderungsprozesse keinerlei Rolle.

Wesentlich zu unterscheiden von derartigen seltenen Fällen einer mit Vorbehalt geleisteten Zahlung sind die sehr häufigen oben[1]) besprochenen Fälle einer Zahlung, bei welcher der Vorbehalt gemacht wird: „wenn die Forderung besteht“. Es giebt also zweierlei Arten der mit Vorbehalt geleisteten Zahlungen.

Redet man schlechtweg von einer „Zahlung mit Vorbehalt“, so hat man dabei regelmäßig die häufigere Art dieser Zahlung im Auge. Hier ist es der Wille der Parteien, daß der Zahler das Recht

---

[1]) Seite 98 ff.

haben soll, beliebig das Gezahlte zurückzufordern, es müßte denn der Empfänger darzuthun in der Lage sein, daß er zu fordern gehabt habe. Jene andere Zahlung war eine Zahlung, bei deren Rückforderung die Frage nach der Existenz der Forderung, auf welche gezahlt wurde, ganz bei Seite blieb, weil in der Zahlung bereits die Anerkennung der Forderung lag; es handelte sich um eine mit Schuldanerkennung erfolgte Zahlung. Die Zahlung, welche unter dem Vorbehalt der Entscheidung über die Frage des Bestehens der Forderung geleistet wird, ist eine Zahlung ohne Schuldanerkennung. Gerade dieser ihrer besonderen Eigenart wegen untersteht sie besonderen Rechtsregeln; sie muß scharf geschieden werden von derjenigen Vorbehaltszahlung, welche mit Schuldanerkennung erfolgt und bedarf deshalb eines eigenen juristischen Namens; ein Mangel ist es, daß die Wissenschaft einen solchen Namen noch nicht geschaffen und zugleich ein Beleg, daß sie das Institut selbst noch zu wenig beachtet hat.

Nicht leicht wird ein treffender Ausdruck zu finden sein. Man könnte an Vorbehaltszahlung im Gegensatze zu Anerkennungszahlung denken; aber es soll ja gerade die mit dem Vorbehalte des Bestehens der Forderung geleistete Zahlung von der mit einem sonstigen Vorbehalt geleisteten Zahlung geschieden werden. Man könnte auch denken an protestlose und protestliche, an schuldanerkennende und schuldanzweifelnde Zahlung; schön sind diese Wortbildungen indeß auch nicht. Bis ein besserer Ausdruck gefunden wird, sei es gestattet, diejenige Zahlung, bei der der Vorbehalt des Bestehens der Forderung gemacht wird, Eventualzahlung, diejenige Zahlung, bei der keinerlei Vorbehalt gemacht wird, Definitivzahlung zu nennen. Das wird zur erheblichen Vereinfachung der nachfolgenden Darstellung beitragen, zumal demnächst mit diesen beiden Arten der Zahlung die beiden korrelaten Arten der Aufrechnung als Eventual- und Definitivaufrechnung in Vergleich gestellt werden sollen.

Trifft die Parallele genau zu, so muß das, was die prozessualische Bedeutung und Behandlung der Eventualzahlung angeht, auch von der prozessualischen Bedeutung und Behandlung der Eventualaufrechnung gelten. Beide — Aufrechnung und Zahlung — lassen sich unter dem weiteren Begriff Zahlung zusammenfassen; ist die eine eine Baarzahlung oder reelle Zahlung, die andere eine ideelle Zahlung, so haben wir in der auf die Eventualzahlung, wie in der auf die

Eventualaufrechnung gestützten Einrede nichts als eine Zahlungseinrede im weitern Sinne des Wortes zu erblicken, dort eine Einrede der realen, hier der ideellen Eventualzahlung.

Es gilt, den Beweis zu erbringen, daß die Einrede der Eventualaufrechnung den nämlichen Regeln folgt wie die Einrede der Eventualzahlung. Von der letzteren ist hier zu handeln.

Der bei der Eventualzahlung gestellte Vorbehalt beruht entweder auf dem Zweifel des Zahlenden, ob die beanspruchte Forderung zur Entstehung gekommen, oder auf dem Zweifel, ob sie anderweit bereits zur Erlöschung gebracht sei. Wird also eine Eventualzahlung im Prozesse geltend gemacht, so geht neben dieser einredeweisen Vertheidigung des Beklagten noch weiter entweder die Vertheidigung her, daß der Beklagte die klagbegründenden Thatsachen leugnet, oder daß er sie zwar zugiebt, aber außer der Einrede der Eventualzahlung noch eine weitere Einrede, z. B. die der Verjährung, des Verzichts, der Befristung vorbringt. Auf dieses Leugnen oder auf eine derartige Einrede stützt sich gerade der bei der Zahlung gemachte „Vorbehalt". Der Grund des Vorbehalts kann danach ein verschiedener sein; er kann sogar in einer bereits geleisteten Definitivzahlung bestehen. Der Beklagte kann neben der Einrede der Eventualzahlung noch die Einrede der Definitivzahlung vorbringen, etwa wenn er auf die Klage erklärt: „die eingeklagte Forderung ist, soviel ich weiß, vor zehn Jahren von meinem Erblasser gezahlt worden, übrigens habe ich auch selbst auf die Mahnung des Klägers hin, um nicht verklagt zu werden, dem Kläger vor der Klagerhebung den Betrag für den Fall als Zahlung eingehändigt, daß mir der Beweis der von meinem Erblasser geleisteten Zahlung nicht gelingen sollte; ich habe also mit Vorbehalt gezahlt." Die Einrede der Eventualzahlung läßt sich daher mit jeder beliebigen anderen Einrede, wie auch mit mehreren anderen Einreden kumuliren, ja sie ist ihrer Natur nach stets mit mindestens *einem* andern Vertheidigungsmittel des Beklagten kumulirt, nämlich entweder mit dem Bestreiten der Klagthatsachen oder mit einem weiteren Einredevorbringen. Die Eventualzahlung ist zwar eine Zahlung, und sie tilgt deshalb den etwaigen auf Zahlung gerichteten Klaganspruch *unbedingt*, sie genügt also zur Begründung einer Zahlungseinrede, aber die Eventualzahlung trägt immer die Besonderheit an sich, daß sie erst dann zur definitiven Zahlung werden soll, wenn über

die Existenz oder Nichtexistenz der Forderung, auf die sie geleistet ist, kein Zweifel mehr herrscht.

Wie steht es mit dem Austrage dieses Zweifels? Kann der Zweifel oder muß er in dem Prozesse zum Austrage kommen, in welchem die Eventualzahlung einredlich vorgeschützt wird, oder gehört der Austrag des Zweifels unbedingt in einen anderen Prozeß?

Unter gewissen Umständen kann und muß der Zweifel in demjenigen Prozesse ausgetragen werden, in welchem die Einrede der Eventualzahlung erhoben ist; liegen diese Umstände nicht vor, so kann der Zweifel in demjenigen Prozesse, welcher durch eine Klage auf Verurtheilung zur Zahlung eingeleitet ist, nicht ausgetragen werden. Den richtigen Weg, diese Umstände zu erkennen, weisen die allgemeinen Prozeßregeln, namentlich die Regel des § 272 C.P.O.[1]) Wenn aus dem Gesichtspunkte, daß in den Einredebeweis nicht eher als in den Beweis des Klaggrundes einzutreten ist, Beweis über die Existenz der angeblich durch Eventualzahlung getilgten Forderung und über die Einrede der Eventualzahlung geführt werden muß, so kommt der Prozeß meist in die Lage, daß der Richter über den Grund oder Ungrund des bei der Zahlung gemachten Vorbehalts entscheidet. Durch den Austrag dieser Frage darf aber niemals die Reife des Prozesses zur Endentscheidung hinausgeschoben werden; nicht weil die Einrede der Eventualzahlung ohne Nachweis der Existenz der Klagforderung unberücksichtigt zu lassen wäre, sondern weil die Endentscheidung über die Klagbitte noch nicht gefällt werden kann, gelangt der Richter zur Erhebung eines Beweises auch über den Klaggrund.

Wer sich auf eine Eventualzahlung beruft, unterbreitet stets dem Richter mehrfache Gesichtspunkte, deren jeder einzelne den Antrag auf Klagabweisung rechtfertigen soll. Hält der Richter ohne Beweisauflage einen dieser Gesichtspunkte für durchschlagend, so hat er aus diesem die Klage abzuweisen, gleichviel ob die Eventualzahlung oder ob ein anderes Vertheidigungsmittel es ist, was den durchschlagenden Gesichtspunkt abgiebt. Und erscheint der eine wie der andere der mehreren vom Beklagten geltendgemachten Gesichtspunkte für durchschlagend, so liegt es im richterlichen Ermessen, auf welchen dieser Gesichtspunkte die Klagabweisung gestützt werden soll. Der vom

[1]) Siehe oben Seite 19 ff.

Willen der einzelnen Partei unabhängige Verlauf des Prozesses entscheidet somit allein, ob der Richter sich über die materielle Grundlage des Vorbehalts ausspricht oder nicht ausspricht.

Wollte der Beklagte erklären, seine Einrede der Eventualzahlung solle erst in Betracht gezogen werden, wenn seine primär vorgeschützten anderen Einreden sich als nicht durchschlagend ergeben hätten — für den Richter wäre das gleichgültig. In diesem Sinne giebt es keine eventuellen Einreden.[1]) Wenn die Eventualzahlung feststeht, während die anderen Einreden in ihrer thatsächlichen Grundlage noch streitig sind, so ist nach § 272 C.P.O. klagabweisend zu erkennen; die materielle Streitfrage, ob die Klagforderung nicht auf Grund einer der anderen Einreden definitiv erloschen ist, bleibt in diesem Prozesse unentschieden; die durchschlagende Einrede der Eventualzahlung hat der Richter herauszugreifen gemäß der allgemeinen Regel, daß die Reihenfolge, in welcher der Beklagte seine Einreden vorbringt, für den Richter bedeutungslos ist. Obgleich die Eventualzahlung erfolgte, weil der Beklagte das Bestehen der klägerischen Forderung nicht anerkennen wollte, schließt sie doch die Möglichkeit, den Beklagten zur Zahlung zu verurtheilen, unbedingt aus;[2]) die Entscheidung hierüber kann (und muß deshalb) unter Beiseitelassen der Frage gegeben werden, ob der Klaganspruch besteht.

Wer sich also in einem Prozesse, in welchem der Kläger Zahlung fordert, auf die Einrede der vor Beginn des Prozesses oder im Laufe desselben geleisteten Eventualzahlung stützt, ist bei unstreitiger Eventualzahlung nicht ein Solcher, der bedingt oder eventuell excipirt hat, sondern er ist ein Solcher, der bedingt oder eventuell gezahlt hat. Er macht eine (zulässige) definitive, nicht eine (unzulässige)[3]) bedingte oder eventuelle Einrede geltend, nicht eine Einrede, der erst dann eine klagezerstörende Wirkung zukäme, wenn die Frage entschieden wäre, ob der Vorbehalt mit Recht oder

---

[1]) Siehe oben Seite 29 ff.

[2]) Vergl. Römer und v. Meibom, Beiträge zur Lehre von der Erfüllung (Stuttgart 1877) Seite 31: „Wenn . . . unter einer Bedingung oder Voraussetzung die Leistung erfolgt, so ist das nicht Erfüllung und wird die Schuld nicht getilgt, außer es wäre lediglich das Bestehen der Schuld als Bedingung oder Voraussetzung gesetzt."

[3]) Siehe oben Seite 22 ff.

mit Unrecht gemacht ist. Diese Frage kommt in einem Prozesse, in welchem die Existenz der Klagforderung den einzigen Streitpunkt bildet, für den Ausgang des Prozesses überhaupt nicht in Betracht. Denn wenngleich eine Zahlung sich aus den drei Momenten des Bestehens einer Forderung, der solvendi animo erfolgten Geldhingabe und der Geldannahme zusammensetzt, so genügt doch für denjenigen, der mittels einer Zahlungseinrede nichts weiter will, als den auf Zahlung gerichteten Klaganspruch seines Gegners im Prozesse abwenden, zur Begründung seiner Einrede der Beweis der letzteren beiden Momente, nämlich der solvendi animo erfolgten Geldhingabe und der Geldannahme; der weitere Beweis, daß des Klägers Forderung bestehe, ist für diesen Prozeß gleichgültig; weder hat ihn der Beklagte zu führen, weil ohne Forderung von einer Zahlung nicht die Rede sein könne, noch hat ihn etwa der Kläger zu führen, um der Einrede seines Gegners den nöthigen Boden zu verschaffen. Die Klage muß, da die Eventualzahlung feststeht, auf Grund des contractum negotium alsbald fallen; ob der Vorbehalt zu Recht oder zu Unrecht gemacht ist, das kann im Rahmen des Antrags des Klägers, den Beklagten zur Zahlung zu verurtheilen, und des Antrags des Beklagten, den Klagantrag zurückzuweisen, überhaupt nicht entschieden werden. Soll es entschieden werden, so bedarf es anderer Prozeßmittel und andrer Prozeßanträge; die Klage wird abgewiesen, weil Angesichts der (wenn auch mit Vorbehalt) geleisteten Zahlung für diesen Prozeß die Existenz der Klagforderung dahingestellt bleiben muß.

Eine solche Ausscheidung der Frage, ob die Klagforderung begründet erscheint, ist auch möglich, wenn der Beklagte sich neben dem Bestreiten der Klagforderung nicht auf die Einrede der Eventualzahlung, sondern auf die der Definitivzahlung berufen hat. Es scheint zwar auf den ersten Blick eine widerspruchsvolle Vertheidigung, die Klagforderung zu bestreiten und gleichwohl deren Zahlung zu behaupten; indeß ist eine solche Vertheidigung prozessualisch durchaus statthaft und materiell unter Umständen sehr berechtigt. Das erhellt, sobald man nur annimmt, der Beklagte füge seiner Zahlungseinrede hinzu, die Zahlung sei irrthümlich erfolgt; er könne kondiciren und werde das demnächst in einem Nachprozesse (oder in einer Widerklage) thun. Gesetzt, der Kläger sieht sich veranlaßt, die Zahlung zuzugestehen (sie ist z. B. an seinen Erblasser geleistet, und der Be-

klagte legt die Quittung darüber vor), so unterliegt es keinem Zweifel, daß die Klage ohne Beweiserhebung, ob die Klagforderung besteht oder nicht, auf Grund der feststehenden Zahlungseinrede abgewiesen werden muß. Es bleibt dann — wie im Falle der Einrede der Eventualzahlung[1]) — dem Kläger die Klage auf Feststellung des Nichtbestehens der im Vorbringen des Beklagten liegenden Inanspruchnahme eines Rückforderungsrechtes (die provocatio ex lege diffamari des älteren Rechtes), wie dem Beklagten die condictio indebiti bleibt. Die Begründung jenes klagabweisenden Endurtheils darf nicht etwa lauten: in der behaupteten Zahlung liege die Anerkennung der Klagforderung, mithin müsse die Klagforderung, ungeachtet sie Beklagter bestritten habe, als zugestanden gelten. Das wäre ein irriger Entscheidungsgrund; denn der Umstand, daß irgend wann einmal vor der Klagerhebung der Beklagte oder sein Erblasser die Klagforderung anerkannt hat, hindert den Beklagten, nunmehr auf nochmalige Zahlung belangt, in keiner Weise, in diesem Prozesse die Klagforderung zu bestreiten. Ihre Abweisung — ohne eingeleitetes Beweisverfahren — kann nur damit begründet werden, daß der Richter ausführt: „Nachdem der Kläger eingeräumt hat, daß die Klagforderung vor der Klagerhebung bezahlt worden ist, kommt es auf den Streit der Parteien über das Bestehen der Klagforderung für diesen Prozeß nicht mehr an; der erhobene Klaganspruch ist unbegründet, er besteht nicht; eine Beweiserhebung über die Entstehung der Klagforderung erscheint überflüssig und deshalb nach Maßgabe des § 272 C.P.O. ausgeschlossen".

Es dürfte keinen Richter in deutschen Landen geben, der je anders entschieden hätte oder je anders entscheiden würde. Auch ist, soviel bekannt, noch niemals in der Theorie die Meinung vertheidigt worden, es sei in solchem Falle eine Beweiserhebung oder eine Eidesauflage erforderlich mit dem Resultate, daß der Kläger im Falle des Beweismißlingens wegen Beweisfälligkeit, im Falle des Beweisgelingens auf Grund der Zahlungseinrede abzuweisen wäre.

Genau das Nämliche gilt bei feststehender Einrede der Eventualzahlung, wie wir oben gesehen haben: das Urtheil muß auch hier die Frage, ob die Klagforderung zur Entstehung gelangt ist, dahin gestellt sein lassen.

---

[1]) Siehe oben Seite 103.

Und bei der Einrede der Aufrechnung, der definitiven oder der eventuellen, sollte das anders sein?

§ 12. Grundsätze des Preußischen Allgemeinen Landrechts.

Wie über so viele Dinge hat das Preußische Allgemeine Landrecht über die von ihm sogenannte Zahlung mit Vorbehalt (d. h. über unsere Eventualzahlung) mehrere lehrreiche und sehr verständige Bestimmungen gegeben, welche geeignet sind, über eine wenig ausgetragene Lehre Licht zu verbreiten. Da sie für unsere Untersuchung besondern Werth haben, mögen sie hier in ihrem Wortlaute eine Stelle finden:

„§ 160.[1]) Wird eine Zahlung mit Vorbehalt geleistet, so bleibt dem Zahlenden das Recht, seine Einwendungen gegen die Zahlungsverbindlichkeit auch nachher noch geltend zu machen.

§ 161. Ein solcher Vorbehalt aber muß schriftlich erklärt, oder in der von dem Zahlungsnehmer ausgestellten Quittung anerkannt sein.

§ 162. Diese Vorschrift gilt auch bei Posten von Fünfzig Thalern und weniger, sobald darüber eine schriftliche Quittung ertheilt worden.

§ 163. Ist der Vorbehalt nicht in Ansehung aller Einwendungen überhaupt geschehen, so erstreckt seine Wirkung sich nur auf solche, die ausdrücklich vorbehalten sind.

§ 164. Will der Zahlungsnehmer sich bei dem Vorbehalte nicht beruhigen, so steht ihm frei, den Zahlenden zur rechtlichen Ausführung seiner Einwendungen, nach Vorschrift der Prozeßordnung gerichtlich aufzufordern.

§ 165. Durch eine ohne Vorbehalt geleistete Zahlung gehen in der Regel die Einwendungen, welche der Zahlende dem Andern hätte entgegensetzen können, verloren."

Darüber, ob der Gläubiger, dem „mit Vorbehalt" gezahlt werden soll, wegen dieses Vorbehalts die Annahme der Zahlung verweigern kann,[2]) spricht sich keine dieser Vorschriften mit Bestimmtheit aus. Es scheint aber, als halte das A.L.R. den Gläubiger für verpflichtet, sich den Vorbehalt gefallen zu lassen,[3]) da es eine

[1]) Thl. I Tit. 15. Das B.G.B., ebenso dessen Entwürfe und Motive schweigen über die Zahlung mit Vorbehalt.

[2]) Vergl. oben Seite 99 ff.

[3]) So auch Neisser bei Gruchot Bd. 34 Seite 281 Note 7. A. M. Dernburg,

„schriftliche Erklärung" des Vorbehalts verlangt, was doch wohl darauf hindeutet, daß ein einseitiger Vorbehalt des Zahlenden genügt.

Klarer sind die Vorschriften über die Wirkung der „mit Vorbehalt geleisteten" (also der bei Stellung des Vorbehalts angenommenen) Zahlung.

Die nächste Wirkung ist, daß der Zahlende „seine Einwendungen gegen die Zahlungsverbindlichkeit auch nachher noch geltend machen kann". Aus dieser vom Landrecht angeordneten Wirkung des Vorbehalts folgt, daß im Sinne des Landrechts eine Zahlung „mit Vorbehalt" nur diejenige ist, welche den Bestand der Forderung dahingestellt sein läßt, nicht eine solche, welche diesen Bestand anerkennt, aber wegen anderweiter Rücksichten den Vorbehalt des Rückforderungsrechtes macht (etwa wie in obigem Beispiele[1]) des Drängens von Wechselgläubigern); denn aus solchem Vorbehalt erwächst dem Schuldner keine „Einwendung" gegen die Zahlungsverbindlichkeit. Die landrechtlichen Bestimmungen beziehen sich also nur auf den in Nichtanerkennung der Zahlungsverbindlichkeit bestehenden Vorbehalt, d. h. auf die Eventualzahlung. So sind sie auch stets ververstanden worden.[2]) „Einwendungen" gegen seine Zahlungsverbindlichkeit erhebt aber nicht blos der Schuldner, welcher Einreden gegen die Forderung des vermeintlichen Gläubigers vorbringt, sondern vor Allem der, welcher die Forderung bestreitet.[3]) Der Vorbehalt kann ohne nähere Angabe darüber geschehen, welche Einwendungen er betreffen soll. Dann konservirt er alle Einwendungen gegen den Bestand der Forderung. Dieser Fall liegt vor, wenn der Zahler schlechthin (oder, wie das A.L.R. sagt, „überhaupt") erklärt, er zahle „mit Vorbehalt";[4]) die Zahlung kann aber auch mit dem Vorbehalt bestimmter Einwendungen geschehen; letzteren Falles erstreckt sich die Wirkung des Vorbehalts nur auf die ausdrücklich vorbehaltenen Einwendungen.

Pr. Priv.R. Bd. 2 (4. Aufl.) Seite 232, lediglich mit Berufung auf „die Natur der Sache" (hierzu oben Seite 99). Eccius, Pr. Priv.R. Bd. 1 (7. Aufl.) Seite 575, 576 spricht sich über die Frage nicht aus.

[1]) Siehe Seite 107.

[2]) Vergl. auch Entsch. des O.Hand.Ger. Bd. 19 Seite 323 f.

[3]) Siehe auch Eccius, Preuß. Pr.R. 7. Aufl. Bd. 1 Seite 575 Anm. 79.

[4]) Vergl. Koch, A.L.R. zu § 163 I. 16.

Dies nachträgliche Geltendmachen der Einwendungen gegen die Zahlungsverbindlichkeit geschieht, ohne daß das Gesetz besonders sich darüber ausließe, im Wege der Klage, und zwar im Wege der condictio sine causa, nicht etwa der condictio indebiti; denn vom Irrthumsbeweis ist nach dem Zwecke, den der Vorbehalt verfolgt, der Zahlende bei der Rückforderung des Gezahlten frei. Ist er aber auch frei vom Beweise der Nichtschuld? Das nimmt — mit Recht [1]) — Eccius [2]) und auch Neisser [3]) an, während das Reichsgericht anfänglich unter Berufung darauf, daß die preußische Rechtsprechung die im Vorbehalt liegende Bedingung als Resolutivbedingung auffaßt, den Beweis der Nichtschuld vom Zahlenden verlangte. [4]) Allerdings liegt eine Resolutivbedingung vor; denn Zahlung ist geleistet, es handelt sich nur um ihre Rückgängigmachung im Falle der Nichtexistenz der Forderung, [5]) und es muß derjenige, der sich auf eine Resolutivbedingung stützt, das Setzen dieser Bedingung und ihre Erfüllung beweisen. Aber bei der Eventualzahlung besteht die Bedingung, wie wir sahen, [6]) keineswegs in der Nichtexistenz der gegnerischen Forderung, sondern im Geltendmachen des Rückzahlungsanspruchs; „wenn der Zahlende die Rückzahlung verlangt," nicht, „wenn die Nichtexistenz der Forderung festgestellt ist", soll zurückgezahlt werden. Aus der Erhebung der Klage auf Rückzahlung ergiebt sich also bereits die Erfüllung der gesetzten Resolutivbedingung, sobald der Kläger nur das Setzen der Bedingung beweist. Dieser Beweis und der Beweis der geleisteten Eventualzahlung reichen aus, die Klage auf Rückzahlung als begründet erscheinen zu lassen; Sache des Beklagten ist es, durch den Beweis, daß die von ihm behauptete Forderung entstanden ist, die Klage auszuschließen. Letzterer Beweis greift gegenüber der Klage aus dem vorbehaltenen Rückforderungsrechte durch; denn der Zahlende, der seine Zahlung zurückverlangt, handelt dolos, wenn er eine von ihm geschuldete Zahlung geleistet hat, mag dies auch mit dem ganz allgemeinen Vorbehalt des

[1]) Siehe oben Seite 98. 103.

[2]) Preuß. Pr.R. Bd. 1 (7. Aufl.) Seite 575 Note 79.

[3]) in Gruchot's Beitr. Bd. 34 Seite 289 f.

[4]) Entsch. Bd. 7 Seite 182 f. (1882), Hilfssenat. Gegentheilig Bolze, Praxis Bd. 2 Nr. 1616 (1886); Entsch. Bd. 30 Seite 174 (1892).

[5]) Koch, Kom. zu § 164 A.L.R. I. 11. Förster-Eccius Preuß. Pr.R. Bd. 1 (7. Aufl.) § 91 Note 79.

[6]) Oben Seite 104.

Rückforderungsrechtes geschehen sein. Dem Beweise der Entstehung der Forderung stellt sich dann der Beweis, daß die entstandene Forderung (anderweit als durch die Eventualzahlung) erloschen sei, als ein dem Rückfordernden obliegender Replikbeweis entgegen.

Im Uebrigen bewirkt die Eventualzahlung nach A.L.R., daß der Zahlungsnehmer „den Zahlenden zur rechtlichen Ausführung seiner Einwendungen nach Vorschrift der Prozeßordnung gerichtlich auffordern kann". Damit ist hingewiesen auf die provocatio ex lege diffamari, wie sie in Thl. I Tit. 32 §§ 2 f. A.G.O. Aufnahme gefunden hat, und wie wir sie oben[1]) bereits als das für das ältere gemeine Recht maßgebende Rechtsmittel kennen lernten; sie ist dasjenige Rechtsmittel, durch welches der Empfänger einer Eventualzahlung das Interesse an Entscheidung der Frage geltend machen kann, ob der Zahlende einen Rückforderungsanspruch hat oder nicht, d. h. ob die der Zahlung beigefügte Bedingung eingetreten oder nicht eingetreten ist.

Nun kann die Eventualzahlung nicht nur geleistet werden, ehe ein Prozeß anhängig gemacht ist, sondern auch während desselben. Gesetzt, der Beklagte leistet die Eventualzahlung im Klagbeantwortungstermine, wie gestaltet sich dadurch der Prozeß?

Es unterliegt keinem Zweifel, daß in solchem Falle zur Zeit des älteren preußischen Prozesses die auf Zahlung gerichtete Klage durch die geleistete Eventualzahlung ebenso als erledigt erklärt werden mußte, wie wenn vor dem Prozeßbeginn eine Eventualzahlung erfolgte; wem die Kosten zur Last fielen, bestimmte sich danach, ob der Beklagte vor der Klagerhebung gemahnt war oder nicht; von einer Fortsetzung des bisherigen Prozesses, der eine Verurtheilung des Beklagten zur Zahlung bezweckt, konnte — abgesehen von den Kosten — keine Rede sein. Hätte etwa der Gläubiger nach Empfang der Eventualzahlung seine Bitte, den Beklagten zur Zahlung zu verurtheilen, aufrecht erhalten, so wäre er mit seiner Klage abzuweisen gewesen. Auch konnte er in dem auf Zahlung erhobenen Prozesse nicht nach empfangener Zahlung etwa beantragen, nunmehr in diesem Prozesse den Ungrund oder den Grund des Vorbehalts zu ermitteln. Dies zuzulassen hielt der Gesetzgeber für unnöthig. Die Frage, ob der Zahlungsempfänger die gezahlte Summe definitiv

[1]) Siehe oben Seite 103.

als in sein Vermögen übergegangen betrachten durfte, kam in einem abgesonderten zweiten Prozesse zum Austrage. Hier mußte der Zahlende als Rückforderungskläger auftreten. That er das nicht, so war der Zahlungsempfänger befugt, ihn zur Klage zu provociren. Dieser Provocationsprozeß bildete einen für sich bestehenden Zwischenprozeß zwischen jenen beiden Prozessen (anders wie im römischen Rechte bei der *Eventualaufrechnung*, bei welcher der Austrag des Vorbehalts im *nämlichen Prozesse* durch Zulassung des judicium duplex erfolgte).[1])

§ 13. Grundsätze der Civilprozeßordnung.

Die C.P.O. hat zweckmäßiger Weise Mittel an die Hand gegeben, die drei eben betrachteten Prozesse des früheren gemeinen und preußischen Rechtes in einen zusammenzuschmelzen.

Zunächst wird durch § 231 C.P.O. die Vereinigung des Provocationsprozesses und desjenigen Prozesses bedingt, welcher den Anspruch auf Rückzahlung des mit Vorbehalt Geleisteten verfolgt. Der § 231 hat die Provocationen abgeschafft;[2]) statt seinen Gegner verurtheilen zu lassen, daß er seinen vermeintlichen Anspruch geltend mache, hat man jetzt das einfachere Mittel, auf dem Wege der negativen Feststellungsklage einen ~~Anspruch~~ des Richters über das Nichtbestehen oder Bestehen des vermeintlichen Anspruchs zu erzielen. Handelt es sich um eine Eventualzahlung, so ist die Klage auf „Feststellung des Nichtbestehens der Rückzahlungsforderung" zu richten. Um in diesem Prozesse zu siegen, hat aber keineswegs der Kläger die Nichtexistenz der Rückzahlungsforderung darzulegen und zu beweisen, sondern den Beklagten trifft die Beweislast der Existenz seiner Rückzahlungsforderung; denn die Erhebung der negativen Feststellungsklage hat eine Umkehrung der Beweislast nicht zur Folge.[3]) Die *negative* Feststellungsklage führt also in unserem Falle zum Siege des Klägers, sobald der Kläger die Existenz derjenigen Forderung, auf welche mit Vorbehalt gezahlt ist, darzuthun vermag. Möglich wäre es auch an die *positive* Feststellungsklage mit der Bitte zu

---

[1]) Siehe oben Seite 43.

[2]) Deshalb mit Recht Hinschius in Koch's Kommentar zu A.L.R. I. 11 § 164 (8. Aufl. 1886): „An Stelle dieser Provocation ist jetzt die Klage gemäß § 231 getreten". Vergl. auch Neisser in Gruchot's Beitr. Bd. 34 Seite 299.

[3]) Entsch. des R.G. Bd. 9 Seite 337 (1883).

denken, es werde festgestellt, daß die unter Vorbehalt geleistete Zahlung geschuldet war.[1]) Klagen auf Feststellung nicht mehr bestehender Rechtsverhältnisse ermangeln zwar regelmäßig des für den Kläger erforderlichen Interesses; nur wenn bestandene Rechtsverhältnisse noch ausnahmsweise in die Gegenwart hinein fortwirken, z. B. einem Entschädigungsanspruche zur Grundlage dienen, können sie Gegenstand einer Feststellungsklage werden.[2]) Eine durch Zahlung erloschene Forderung kann, wie unser Streitfall zeigt, eine solche Grundlage abgeben. Außerdem aber liegt darin, daß der Beklagte im ersten Prozesse sich geweigert hat zu zahlen, weil er bereits mit Vorbehalt gezahlt habe, das Berühmen, ihm stehe ein Rückforderungsanspruch zu, wie er in jedem solchen Vorbehalt zum Ausdruck kommt. Dieses Berühmen alsbald als grundlos festgestellt zu sehen, hat der Kläger ein zweifelloses rechtliches Interesse.

Der Klaggrund bei dieser konkreten Feststellungsklage ist also die Entstehung der im ersten Prozesse verfolgten Forderung des Klägers und die Zahlungsweigerung des Beklagten, nicht etwa ist der Klaggrund das Nichtbestehen der vorbehaltenen Forderung auf Rückzahlung. Da nun auch der erste Prozeß zu seinem Klaggrunde die Entstehung der nämlichen Forderung und die nämliche Zahlungsweigerung hat, so beruhen die erste Klage und die von demselben Kläger gegen denselben Beklagten nunmehr zu erhebende positive oder negative Feststellungsklage auf dem nämlichen thatsächlichen und rechtlichen Klaggrunde; beide Prozesse unterscheiden sich nur dadurch, daß der erste auf Grund der Klagforderung eine Leistung verlangt, der zweite von dieser Leistung absieht, weil der Kläger zugeben muß, mindestens vorläufig bereits geleistet erhalten zu haben, und weil er nun allein ein Interesse daran hat, die Klagforderung als vor der Leistung bestanden festgestellt zu sehen. Es liegt somit einer der Fälle vor, in denen die Leistungsklage erledigt, aber ein Streitpunkt zwischen den Parteien unerledigt geblieben ist, der nur im Wege der Feststellungsklage ausgetragen werden kann; der Kläger sagt: „Da Zahlung — wenn auch mit Vorbehalt — geleistet ist, habe ich kein Interesse mehr daran, den Beklagten zur Zahlung der von mir als entstanden behaupteten Forderung verurtheilt, wohl

[1]) So Neisser in Gruchot's Beitr. Bd. 34 Seite 299.

[2]) Entsch. des Reichs=G. in Civ.S. Bd. 27 Seite 205, bei Gruchot Bd. 30 Seite 1111.

aber habe ich ein Interesse daran, meine Forderung als entstanden festgestellt zu sehen, damit dadurch der vom Beklagten behauptete Rückzahlungsanspruch sich erledigt". Dieser Feststellungsprozeß ist also im gewissem Sinne ein Theil des ursprünglich auf Zahlung erhobenen Prozesses und hat schon deshalb denselben Klaggrund wie der letztere.

Ist dies richtig, so gewährt der § 240 C.P.O. ein Mittel, auch den ersten auf Verurtheilung zur Zahlung gerichteten Prozeß mit dem Feststellungsprozeß in einen Prozeß zusammenzuziehen. „Ohne Aenderung des Klaggrundes" wird im Feststellungsprozeß „statt des ursprünglich geforderten Gegenstandes wegen einer später eingetretenen Veränderung ein anderer Gegenstand gefordert." Das soll nach § 240 Nr. 3 nicht als Klagänderung anzusehen und deshalb ohne Zustimmung des Beklagten zulässig sein. Eine im Klagebeantwortungstermine mit Vorbehalt geleistete Zahlung stellt sich als eine nach der Klagerhebung „eingetretene Veränderung" dar; sie bewirkt, daß „der ursprünglich geforderte Gegenstand" (die Zahlung) nicht mehr gefordert werden kann. Von nun an ist „ein anderer Gegenstand" im Streite, nämlich die vom Zahlenden vorbehaltene Rückzahlung. Allerdings ist die Umformung des auf „Verurtheilung zur Zahlung" gehenden Antrages in den Antrag, „das Nichtbestehen des Rückzahlungsanspruchs festzustellen", nach dem Wortlaute des § 240 Nr. 3 C.P.O. nur statthaft, wenn eine Veränderung vorliegt, welche nach Erhebung der Klage eingetreten ist. Wäre also vorliegend etwa die Einrede des Beklagten auf eine vor der Erhebung der Klage geleistete Eventualzahlung gestützt, so würde an sich § 240 Nr. 3 C.P.O. nicht einschlagen, d. h. es würde in solchem Falle dem Kläger die Befugniß fehlen, seine auf Zahlung gerichtete Klage in eine Feststellungsklage umzuändern; er würde, wenn er die Zahlungseinrede zugesteht, lediglich auf Zurücknahme der auf Zahlung gerichteten Klage und auf separate Erhebung der Feststellungsklage beschränkt sein, es müßte denn der Beklagte zustimmen, daß Kläger die ursprüngliche Klage in eine Feststellungsklage umändere. Aber das Reichsgericht[1]) hat dem § 240 Nr. 3 eine kühne ausdehnende Interpretation zu Theil werden lassen: nach Absicht des Gesetzgebers soll auch eine früher eingetretene, dem Kläger aber erst nach der Klag-

[1]) Entsch. Bd. 26 Seite 385.

erhebung bekannt gewordene Veränderung unter einer „später eingetretenen Veränderung" verstanden werden. Danach verleiht also vielleicht vorliegend dem Kläger der Umstand, daß er zur Zeit der Klagerhebung Kenntniß von der mit Vorbehalt geleisteten Zahlung nicht gehabt hat, das Recht der Klagänderung auf Grund des § 240 Nr. 3 C.P.O.; die Folgen seiner Unkenntniß hat er nicht zu tragen. Dasselbe Reichsgericht wird deshalb hoffentlich auch kaum davor zurückschrecken, die Klage auf Zahlung und die Klage auf Feststellung des Nichtbestehens eines prätendirten Rückzahlungsanspruchs als auf dem nämlichen Klaggrunde beruhend anzuerkennen. Wenig praktisch und allzu rigoros wäre es, den gegentheiligen Standpunkt einzunehmen, nämlich die Zulässigkeit der Klagänderung zu verneinen, weil sich die ursprüngliche Klage auf Zahlung der Forderung des Klägers, die neue Klage auf den Ausspruch der Nichtexistenz einer ganz anderen Forderung, der Rückzahlungsforderung des Beklagten richte.

§ 14. Praktische Fälle der Einrede der Eventualzahlung.

Die Wirkung der Einrede, welche aus einer Eventualzahlung entspringt, läßt sich am besten durch Beispiele veranschaulichen.

I.

Wir unterstellen: der Erhebung einer Klage auf Zahlung von 500 M. Kaufpreis für ein geliefertes Pferd ist unbestrittenermaßen die außergerichtliche Mahnung vorausgegangen. Der Beklagte behauptet, nach der Klagerhebung mit Vorbehalt gezahlt zu haben, da er die Klagforderung nicht als richtig anerkennen könne.[1])

1. Beschränkt sich dann der Kläger darauf, diese Einredebehauptung zuzugestehen, aber es bei seinem Klagantrag zu belassen, so muß der Kläger in der Hauptsache abgewiesen werden, ohne daß es des Beweises des unter den Parteien streitigen Kaufes bedarf. Wie steht es aber mit den Prozeßkosten? Diese hat der Kläger zu tragen, selbst wenn die Klagforderung begründet und deshalb seine Mahnung gerechtfertigt war. Denn da der Kläger bei seinem Klagantrag, den Beklagten, zur Zahlung von 500 M. zu verurtheilen beharrt, und da er mit diesem Antrage unterliegt, fallen ihm nach § 87 C.P.O. sämmtliche Kosten zur Last. Hätte dagegen der Kläger auf Grund der erfolgten Eventualzahlung im

---

[1]) Vergl. das Beilageheft unter IX.

Einverständnisse mit dem Beklagten seinen Klagantrag zur Hauptsache für erledigt erklärt, und hätte er dann nur wegen der Kosten den Prozeß fortgesetzt, so käme es darauf an, ob zur Zeit der Klagerhebung der Kläger die 500 M. zu fordern hatte; denn nur wenn dies der Fall, ist der Beklagte schuldig die Prozeßkosten zu tragen, da bei der vergeblich gebliebenen Mahnung die Klagerhebung gerechtfertigt war. Damit über den nach Erledigung der Hauptsache noch übrig gebliebenen einzigen Streitgegenstand, über die Kosten, entschieden werden kann, ist also ein Beweisverfahren über den Klaggrund unvermeidlich. Gesetzt, es wäre der Eid über den Klaggrund zugeschoben und angenommen, es wären auch die Parteien über Norm und Erheblichkeit des Eides einig, so hätte nach Erledigung des Beweisbeschlusses über den zu leistenden Eid das Urtheil zu lauten, wenn der Eid geleistet ist:

„Der Klagantrag zur Hauptsache wird für erledigt erklärt. Die Prozeßkosten hat der Kläger zu tragen".

Im Falle der Nichtleistung des Eides würde statt des letzten Satzes zu sagen sein:

„Die Prozeßkosten hat der Beklagte zu tragen."

Dieses Urtheil trifft nicht etwa eine der Rechtskraft fähige Entscheidung über die Frage, ob die Klagforderung entstanden ist. Wenngleich diese Frage im Falle der Eidesleistung eidlich verneint ist, im Falle der Eidesweigerung aber als bejaht gilt, ist doch lediglich über den Anspruch auf die Prozeßkosten entschieden. In keinem Falle präjudizirt diese Entscheidung einem späteren Anspruche, der vom Beklagten auf Rückzahlung des mit Vorbehalt Geleisteten erhoben wird; immerhin läßt sich indeß aus der im früheren Prozesse erfolgten Eidesleistung oder Eidesweigerung ein Beweisgrund in dem zweiten Prozesse herleiten.

Der Richter könnte aber versucht sein, im ersten Prozesse mit Rücksicht auf das dort stattgehabte Beweisverfahren, das die Existenz der Klagforderung zum Gegenstand hatte, nicht blos über die Prozeßkosten, sondern zugleich über den nun doch einmal klargestellten Grund oder Ungrund des bei der Eventualzahlung gemachten Vorbehalts zu entscheiden und je nach der Leistung oder der Verweigerung des Eides den Anspruch aus der Klagforderung für nicht entstanden oder für getilgt erklären. Das wäre ein prozessualisch nicht zu rechtfertigendes Vorgehen. Nachdem die Hauptsache für erledigt erklärt

war, mußte sich das Urtheil auf eine Entscheidung über die Kosten beschränken; für eine Entscheidung über den Grund oder Ungrund des Vorbehalts fehlte es am erforderlichen Antrage. Dazu wäre die Umänderung der ursprünglichen Klage in eine Klage auf Feststellung des Nichtbestehens eines Rückzahlungsanspruches oder es wäre eine Widerklage auf Rückzahlung nöthig gewesen. Ein ohne besonderen Antrag erfolgender Ausspruch über das Nichtentstandensein oder über die Tilgung der Klagforderung enthielte eine Entscheidung über einen nicht erhobenen Anspruch; die Entscheidungsgründe, die sich darüber verbreiteten, wären ein müßiges Beiwerk.

Diese Betrachtung erweist, daß es, wenn die Parteien ein bedingtes Endurtheil wünschen, das Richtige ist, nur die Verurtheilung in die Kosten vom Eide abhängig zu machen und zu erkennen:

„Die Klage wird in der Hauptsache für erledigt erklärt. Leistet der Beklagte folgenden Eid:

ich schwöre 2c., ich habe von dem Kläger das in der Klage bezeichnete Pferd nicht gekauft,

so wird der Kläger verurtheilt, die Prozeßkosten zu tragen,

leistet der Beklagte den Eid nicht, so wird er verurtheilt die Prozeßkosten zu tragen.

Entscheidungsgründe:

Aus dem Zugeständniß des Klägers, das eingeklagte Kaufgeld vom Beklagten nach Erhebung der Klage — wenn auch unter Vorbehalt — gezahlt erhalten zu haben, ergiebt sich, daß, wie die Parteien auch anerkennen, der auf Zahlung gerichtete Klaganspruch in der Hauptsache erledigt ist. Das Interesse, das etwa der Kläger an Feststellung der Entstehung der Klagforderung haben könnte, weil, wenn sie entstanden, dem Beklagten ein etwaiger Anspruch auf Rückzahlung des mit Vorbehalt gezahlten Betrags abgeht, hätte zwar durch Aenderung der Klage in eine negative Feststellungsklage gemäß § 240 Nr. 3 der C.P.O. im gegenwärtigen Prozesse verfolgt werden können; es fehlt aber an einer entsprechend geänderten Bitte. Ebensowenig ist vom Beklagten eine Widerklage auf Rückzahlung erhoben.

Was die Prozeßkosten anlangt, so hat der Kläger diese nur zu tragen, wenn seine Klage bereits zur Zeit ihrer Erhebung unbegründet war. Da unbestrittenermaßen der Kläger den Beklagten vor der

Klagerhebung fruchtlos gemahnt, der Beklagte aber erst nach der Klagerhebung mit Vorbehalt gezahlt hat, so befreit ihn diese Zahlung nicht von der Pflicht, die Kosten dieses Prozesses zu tragen, wenn der Kläger berechtigt war, überhaupt Zahlung vom Beklagten zu verlangen. Um diese Berechtigung darzuthun, muß Beklagter die Entstehung der Klagforderung beweisen. Deshalb war zur Entscheidung über die Kostenfrage dem Beklagten der von ihm über den klägerischerseits behaupteten Kauf angenommene Schiedseid aufzuerlegen."

2. Erheblich anders wird die Rechtslage, wenn Kläger auf die Einrede des Beklagten, er habe innerhalb des Prozesses mit Vorbehalt gezahlt, erklärt, das sei richtig, damit erledige sich allerdings sein Anspruch, den Beklagten zur Zahlung zu verurtheilen, es sei ihm aber nunmehr aus dem der Zahlung des Beklagten zugefügten Vorbehalt der anderweite Anspruch erwachsen, durch Urtheil festgestellt zu sehen, daß dem Beklagten der in seinem Vorbehalt behauptete Anspruch auf Rückzahlung der 500 M. nicht zustehe. Knüpft daran der Beklagte die Erhebung einer Widerklage auf Rückzahlung der mit Vorbehalt gezahlten 500 M., so muß erkannt werden:

„Der Beklagte hat folgenden Eid zu leisten:

ich schwöre ꝛc., ich habe von dem in der Klage genannten Rechtsvorgänger des Klägers das in der Klage bezeichnete Pferd nicht gekauft.

Leistet der Beklagte diesen Eid, so wird Kläger abgewiesen,

leistet der Beklagte den Eid nicht, so wird festgestellt, daß der vom Beklagten behauptete Anspruch auf Rückzahlung der mit Vorbehalt entrichteten 500 M. nicht besteht.

Zur Widerklage hat der Beklagte als Widerkläger denselben Eid zu leisten.

Im Falle der Eidesleistung wird der Kläger und Widerbeklagte verurtheilt, dem Beklagten und Widerkläger 500 M. zu zahlen,

im Falle der Nichtleistung des Eides wird der Beklagte und Widerkläger mit seiner Widerklage abgewiesen,

im Falle der Eidesleistung hat der Kläger, im Falle der Nichtleistung des Eides hat der Beklagte die Prozeßkosten zu tragen.

Entscheidungsgründe:

Kläger hat zugestandenermaßen den eingeklagten Betrag nach der Klagerhebung mit Vorbehalt gezahlt erhalten. Damit erledigt

sich der auf Zahlung erhobene Anspruch. Indeß erwuchs wegen der im Laufe des Prozesses eingetretenen Veränderung des Streitgegenstandes dem Kläger gemäß § 240 Nr. 3 C.P.O. das Recht, seine auf Zahlung gerichtete Klage in die Klage auf Feststellung des Nichtbestehens des im Vorbehalt des Beklagten liegenden Anspruches auf Rückzahlung zu ändern. Ebenso stand dem Beklagten das Recht zu, diesen Rückzahlungsanspruch in diesem Prozesse, wie geschehen, widerklagend geltend zu machen. Die Entscheidung zur Haupt- und Widerklage hängt demgemäß von dem Gelingen oder Mißlingen des Beweises ab, der dem Kläger zur Hauptklage über den Klaggrund, zur Widerklage über den damit identischen Grund der Einrede obliegt. Deshalb war auf den normirten Schiedseid zu erkennen.

Die Entscheidung über die Prozeßkosten regelt sich nach § 87 C.P.O. und § 11 des Ger.Kostengesetzes.

II.

Seltener werden die Fälle sein, in denen vor der Klagerhebung Zahlung mit Vorbehalt geleistet ist und gleichwohl hinterher Klage auf „Zahlung" erhoben wird. Jedermann müßte wissen, daß er, wenn ihm sein vermeintlicher Schuldner das vermeintlich geschuldete Geld eingehändigt hat (sei es auch nur mit Vorbehalt), einen Anspruch nicht mehr erheben kann, sein Schuldner solle zur nochmaligen Zahlung verurtheilt werden. Indeß ist doch auch ein solcher Prozeß möglich. Der auf Zahlung Klagende kann in dem Rechtsirrthum befangen sein, die streitige Frage, ob der gemachte Vorbehalt begründet gewesen sei, lasse sich mittels einer auf Zahlung gerichteten Klage zum Austrag bringen. Es kann aber auch dem auf Zahlung Klagenden zur Zeit der Erhebung seiner Klage nicht die Kenntniß der erfolgten Eventualzahlung innewohnen, z. B. wenn diese Zahlung seinem Rechtsvorgänger geleistet ist, ohne daß ihm Mittheilung davon wurde, oder wenn die Zahlung zwar dem Klagenden selbst geleistet ist, aber vor so langer Zeit, daß sie seinem Gedächtniß entfallen ist.

Es läßt sich also — gerade wie bei erfolgter Definitivzahlung — immerhin der Fall unterstellen, daß ungeachtet einer bereits erfolgten Eventualzahlung nochmals auf Zahlung geklagt und daß dieser Klage die Einrede entgegengesetzt wird, es sei bereits mit Vorbehalt gezahlt.

1. Wird diese Einrede beispielsweise bestritten und durch Eides-

weigerung, ehe der Beweis über die Klagthatsachen erhoben ist, erwiesen, so hat das Erkenntniß zu lauten:

„Kläger wird mit seiner Klage kostenfällig abgewiesen.

Entscheidungsgründe:

Die Entstehung der vom Kläger geltendgemachten Forderung hat Beklagter bestritten und der Klage außerdem die Einrede entgegengesetzt, er habe dem Rechtsvorgänger des Klägers am . . . . den Betrag der Klagforderung mit Vorbehalt gezahlt. Da der Kläger diese Einredebehauptung bestritten, war über die Klag- wie über die Einredebehauptungen Beweis zu erheben, und zwar betreffs der Klagthatsachen durch Anordnung der Vernehmung der vom Kläger vorgeschlagenen Zeugen, betreffs der Einredethatsachen durch Beschlußeid. Ehe die Zeugen vernommen werden konnten, hat der Kläger erklärt, den zur Einrede ihm auferlegten Eid nicht leisten zu können. Demnach ist der Beweis der vom Beklagten geltendgemachten Eventualzahlung erbracht. Diese Zahlung erledigt den Anspruch auf nochmalige (vorbehaltlose) Zahlung, den der Kläger im gegenwärtigen Prozesse ausschließlich geltend macht; denn, nachdem feststeht, daß dem Rechtsvorgänger des Klägers am . . . mit Vorbehalt gezahlt ist, hat sich ergeben, daß der Kläger dem Beklagten gegenüber lediglich noch den Anspruch hat, festgestellt zu sehen, daß dem Beklagten der in dem Vorbehalt liegende Anspruch auf Rückzahlung nicht zusteht. Diesen Feststellungsanspruch hätte der Kläger zwar im gegenwärtigen Prozesse möglicherweise geltend machen und begründen können, er hat aber von dieser Befugniß keinen Gebrauch gemacht, ist vielmehr bei seiner auf Zahlung gerichteten, als unbegründet dargethanen Klagbitte verblieben. Demnach war klagabweisend zu erkennen."

2. Gestalten wir jetzt diesen Rechtsfall noch ein wenig um: Der Kläger erklärt auf die Einrede der Eventualzahlung, er habe sich aus den Büchern seines Rechtsvorgängers nachträglich überzeugt, daß der Beklagte die 500 Mark mit Vorbehalt gezahlt habe.

a. Es kann nicht zweifelhaft sein, daß bei dieser Sachlage ebenfalls — und zwar ohne Beweisauflage über den Klaggrund — klagabweisend zu erkennen ist.[1])

---

[1]) Siehe oben Seite 124.

Das Erkenntniß hätte zu lauten:

„Der Kläger wird mit seiner Klage kostenfällig abgewiesen.

Thatbestand 2c.

Entscheidungsgründe.

Die Entstehung der vom Kläger geltendgemachten Forderung hat der Beklagte bestritten. Es müßte deshalb dem Beklagten der über die Klagthatsachen zugeschobene und angenommene Schiedseid auferlegt werden, wenn sich nicht diese Beweiserhebung durch die vom Beklagten vorgeschützte, vom Kläger zugestandene Einrede erübrigte. (Folgen die oben Seite 124 ausgeführten Gründe.)

Was die Kosten anlangt, so steht nach den Verhandlungen fest, daß zwar der Kläger den Beklagten außergerichtlich gemahnt, daß aber der Beklagte sich dieser Mahnung gegenüber alsbald auf seine mit Vorbehalt geleistete Zahlung berufen hat. Beim Zugeständniß dieser Zahlung lag für Kläger kein Anlaß zur Erhebung einer Klage auf nochmalige Zahlung vor. Kläger muß daher die Kosten des Prozesses tragen."

b. Wesentlich abweichend ist zu erkennen, wenn der Kläger seinem Zugeständniß der Eventualzahlung — sei es aus eigener Initiative, sei es auf richterliches Befragen — hinzufügt, er ändere, da er nunmehr seine auf Zahlung gerichtete Bitte nicht mehr aufrecht erhalten könne, dieselbe um in die Bitte „festzustellen, daß der Rückforderungsanspruch nicht bestehe", den der Beklagte mittels des bei seiner Zahlung gemachten Vorbehaltes geltend gemacht habe. Bei dieser Sachlage wird das Erkenntniß lauten müssen:

„Beklagter hat folgenden Eid zu leisten: ich schwöre 2c., ich habe von dem in der Klage genannten Rechtsvorgänger des Klägers das in der Klage bezeichnete Pferd nicht gekauft.

Leistet Beklagter diesen Eid, so wird Kläger kostenfällig abgewiesen,

leistet Beklagter den Eid nicht, so wird unter Verurtheilung des Beklagten in die Kosten festgestellt, daß der vom Beklagten behauptete Anspruch auf Rückzahlung der mit Vorbehalt gezahlten 500 Mark nicht besteht.

Entscheidungsgründe.

Kläger hat die Behauptung des Beklagten, die Klagforderung sei mit Vorbehalt bezahlt, zugestanden. Daraus ergiebt sich, daß

der vom Kläger geltend gemachte Anspruch auf Zahlung bereits zur Zeit der Klagerhebung nicht mehr bestand. Da unbestrittenermaßen der Kläger erst im Laufe des gegenwärtigen Prozesses Kenntniß von dieser Zahlung erlangt hat, so war er befugt, seine auf Zahlung gerichtete Klagbitte auf Grund des § 240 Abs. 3 C.P.O. in die Bitte umzuändern, daß das Nichtbestehen des vom Beklagten prätendirten Rückzahlungsanspruchs richterlich festgestellt werde (vergl. R.G.Entsch. Bd. 26 S. 385). Diese Umänderung der Klagbitte hat der Kläger sachgemäß bewirkt.

Für die auf Feststellung des Nichtbestehens gerichtete Klage ist entscheidend, ob der Rechtsvorgänger des Klägers dem Beklagten das in der Klage bezeichnete Pferd verkauft hat. Die Beweislast trifft den Kläger. Es war deshalb auf den vom Beklagten angenommenen Schiedseid zu erkennen."

3. Als Beispiel der Verbindung der Einrede aus einer Eventualzahlung mit anderen Einreden mag folgendes gelten.

Die Entstehung der Klagforderung räumt der Beklagte ein, er macht aber geltend: der Kläger habe ihm gegenüber vor Jahresfrist erklärt, auf alle ihm zustehenden Forderungen verzichten zu wollen; als unter Bestreiten dieses Verzichts der Kläger ihn (den Beklagten) gemahnt habe, habe er (Beklagter) unter Vorbehalt der Entscheidung der Frage in Betreff des Verzichts Zahlung geleistet; er stütze hierauf die Einreden des Verzichts und der Zahlung.

a. Giebt in diesem Falle der Kläger die behauptete Eventualzahlung zu, bestreitet aber den Verzicht, so ist die Sache zur Endentscheidung reif und das Urtheil muß lauten:

„Der Kläger wird mit seiner Klage kostenfällig abgewiesen.

Entscheidungsgründe.

Die Entstehung des Klaganspruchs ist unstreitig, unstreitig ist auch, daß Beklagter am . . . mit Vorbehalt Zahlung geleistet hat. Damit erledigt sich der Klaganspruch. Allerdings hat Beklagter sich zu seiner Vertheidigung an erster Stelle auf die Einrede des Verzichts berufen. Würde auf Grund dieser Einrede die Klage zurückgewiesen, so käme zugleich zur Entscheidung, daß die Klagforderung zu der Zeit, als Beklagter mit Vorbehalt zahlte, bereits nicht mehr bestand, daß also vermöge seines Zahlungsvorbehalts Beklagter berechtigt sein würde, das Gezahlte zurückzufordern. Da aber Kläger

die thatsächliche Grundlage der Einrede des Verzichts bestritten hat, so könnte über diese Einrede erst nach eingeleiteten Beweisverhandlungen entschieden werden. Diese Beweisverhandlungen sind unnöthig und demnach ausgeschlossen, da bereits auf Grund der unstreitigen Einrede der mit Vorbehalt geleisteten Zahlung feststeht, daß Kläger die von ihm in diesem Prozesse begehrte Zahlung unter keinen Umständen verlangen kann. Die vom Beweise des Verzichts abhängige Frage, ob dem Beklagten der Anspruch auf Rückzahlung des Geleisteten zusteht, ist in diesem Prozesse nicht zu entscheiden, weil ohne ihre Entscheidung ein endliches Erkenntniß auf die Klagbitte möglich und deshalb geboten ist (§ 272 C.P.O.)."

Ein solches Erkenntniß läßt eine neue Klage des Klägers auf Feststellung des Nichtbestehens eines Rückzahlungsanspruchs des Beklagten und eine neue Klage des letzteren auf Rückzahlung offen.[1])

b. Sollte der Kläger nicht blos die Einrede des Verzichts, sondern auch die der Eventualzahlung bestreiten und die über beide zugeschobenen Eide annehmen, so würde das abzufassende Eidesurtheil lauten:

„der Kläger hat folgende Eide zu leisten:

ich schwöre ꝛc., ich habe dem Beklagten nicht erklärt, daß ich auf alle gegen ihn mir zustehenden Forderungen verzichte,

und:

ich schwöre ꝛc., der Beklagte hat den eingeklagten Betrag mir am . . . nicht gezahlt,

schwört Kläger diese Eide, so wird der Beklagte verurtheilt, dem Kläger 100 M. zu zahlen,

schwört Kläger einen dieser Eide nicht, so wird er mit der Klage kostenfällig abgewiesen.

Entscheidungsgründe:

Gegenüber der unbestrittenen genügend begründeten Klage . . . . hat sich der Beklagte auf die Einrede des Verzichts und auf die Einrede der mit Vorbehalt geleisteten Zahlung berufen. Beide an sich begründeten Einreden hat der Kläger in ihren thatsächlichen Grundlagen bestritten und die über die letzteren zugeschobenen Eide angenommen. Der Kläger dringt also mit seiner Klage nur durch, wenn dem Beklagten der Beweis seiner beiden Einreden mißlingt. Dies tritt ein,

[1]) Siehe oben Seite 65. Vergl. auch das Beilageheft unter X.

sofern der Kläger die über die Einredethatsachen normirten beiden Eide zu leisten verweigert. Verweigert er den Eid über den behaupteten Verzicht, so wird die Klage abgewiesen, weil der Verzicht feststeht, und verweigert er den Eid über die behauptete Zahlung, so wird die Klage mit Rücksicht auf die geleistete Zahlung abgewiesen. Dem Beklagten bleibt im einen wie im andern Falle vorbehalten, seinen etwaigen Anspruch auf Rückzahlung des Geleisteten anderweit geltend zu machen."

Dies ist ein Beispiel, in welchem neben der Eventualzahlung noch der Grund des behaupteten Vorbehalts (der Verzicht) gleichzeitig Gegenstand des Beweisverfahrens wird.[1]) Für den künftigen Prozeß auf Rückzahlung schafft die Entscheidung des Prozesses nicht res judicata. Denn weder der Entscheidungsgrund, daß der Verzicht, noch der Entscheidungsgrund, daß die Eventualzahlung bewiesen sei, geht in Rechtskraft über. Immerhin könnte z. B. die etwa bei der einen oder der anderen Eidesweigerung abgegebene Erklärung des Klägers, er könne die zu Eid verstellte Thatsache nicht ferner bestreiten, für den künftigen Prozeß als außergerichtliches[2]) Geständniß in Betracht kommen.[3])

4. Am einfachsten und zugleich für unsere Untersuchung am lehrreichsten liegen die Fälle, in denen sich der gesammte Prozeßstoff auf eine streitige Klage, die um Verurtheilung des Beklagten zur Zahlung bittet, und auf eine dieser Klage entgegengesetzte Einrede der Eventualzahlung beschränkt.

a. Bestreitet der Kläger, Eventualzahlung erhalten zu haben, so ist — mit Unterstellung beiderseitiger Eideszuschiebung und Eidesannahme — folgendermaßen, wenn Beschlußeid nicht möglich ist, auf Eid zu erkennen:

„1. der Beklagte hat zu schwören:
ich schwöre ꝛc., ich habe vom Kläger am . . . . . das in der Klage bezeichnete Pferd nicht gekauft,

2. im Falle der Nichtleistung dieses Eides hat der Kläger zu schwören:

---

[1]) Siehe oben Seite 111.

[2]) Nicht als gerichtliches; denn es ist in einem anderen Prozesse, nicht in dem zur Entscheidung stehenden abgelegt. Vergl. C.P.O. § 261.

[3]) Siehe oben Seite 123.

ich schwöre rc., ich habe vom Beklagten am ..... 500 M. nicht gezahlt erhalten.

Leistet der Beklagte den Eid unter 1 oder verweigert der Kläger (nachdem der Beklagte den Eid unter 1 verweigert hat), den Eid unter 2, so wird der Kläger mit seiner Klage abgewiesen.

Verweigert der Beklagte den Eid unter 1, leistet aber der Kläger den Eid unter 2, so wird der Beklagte kostenfällig zur Zahlung von 500 M. verurtheilt.

Entscheidungsgründe:

Die zur Begründung der Klage wie die zur Begründung der Einrede vorgebrachten erheblichen Thatsachen sind streitig und mußten, da die wechselweis zugeschobenen Eide wechselweis angenommen sind, auch die Parteien Eideserkenntniß beantragt haben, wie geschehen, zu Eid verstellt werden. Durch Leistung des ersten Eides wird erwiesen, daß die Klagforderung nicht entstanden ist; es hat also Klagabweisung zu erfolgen, und zwar tritt diese solchen Falls wegen mißlungenen Klagebeweises ein. Kommt es wegen der Nichtleistung des Eides zu 1 dahin, daß vom Kläger der Eid zu 2 über die bestrittene Zahlung zu erfordern ist, so hat, im Falle diese Zahlung durch die Eidesweigerung des Klägers festgestellt erscheint, wiederum Klagabweisung zu erfolgen und zwar wegen geführten Einredebeweises. Wird durch Nichtleistung des Eides unter 1 die Entstehung der Klagforderung dargethan und durch Leistung des Eides unter 2 zugleich dargethan, daß die behauptete Zahlung nicht erfolgt ist, so hat klaggemäße Verurtheilung einzutreten".

Man beachte, daß bei diesem Erkenntniß die Urtheilsformel die nämliche ist und sein muß, mag die Klagabweisung wegen mißlungenen Klag- oder wegen gelungenen Einredebeweises erfolgen.

Zugleich bildet das Erkenntniß ein Beispiel, in welchem die Frage, ob der bei der behaupteten Eventualzahlung gestellte Vorbehalt ein begründeter ist, gleichzeitig mit der Frage über die Wirkung der Eventualzahlung zur Entscheidung gelangt, freilich ohne Präjudiz für die später etwa vom Beklagten auf Rückzahlung erhobene Klage.[1])

b. Wird bei bestrittener Klagforderung die einredlich behauptete Eventualzahlung zugestanden, so muß alsbald Klagabweisung erfolgen, und zwar bleibt hier — gegensätzlich zu dem Falle unter a — die

---

[1]) Siehe oben Seite 111.

Frage unentschieden, ob der Vorbehalt mit Recht oder mit Unrecht gemacht ist. Das Urtheil hat zu lauten:

„Der Kläger wird kostenfällig abgewiesen.

Entscheidungsgründe.

Die behaupteten Klagthatsachen genügen, um die erhobene Kaufklage als rechtlich und thatsächlich begründet erscheinen zu lassen. Eine Beweisführung über dieselben erübrigt ungeachtet des gegnerischen Bestreitens, weil Kläger zugegeben hat, vom Beklagten, wenn auch mit dem Vorbehalt des Bestehens der Klagforderung, 500 Mark am . . . gezahlt erhalten zu haben. Damit erledigt sich der allein zum Gegenstande dieses Prozesses gemachte Anspruch des Klägers auf Zahlung von 500 Mark."

Der wichtige Satz, der besonders aus dem letzteren Erkenntniß, aber überhaupt auch aus allem über die Eventualzahlung Gesagten herzuleiten ist, läßt sich dahin formuliren:

Bei streitiger Klagforderung, aber unstreitiger Eventualzahlung ist ohne Beweiserhebung auf Klagabweisung zu erkennen, sofern nicht eine Aenderung der auf Zahlung gerichteten Klage erfolgt.

Der nämliche Satz gilt aber auch für Fälle der Definitivzahlung. Man könnte meinen, ein Bestreiten der Klagforderung mit gleichzeitigem eventuellen Vorschützen einer Einrede der Zahlung (d. h. der Definitivzahlung) sei ein Widerspruch in sich, weil der, der eine Klagforderung bestreitet, doch nicht daneben seinerseits einen Akt geltendmachen werde, der eine Anerkennung der Klagforderung in sich schließt. Aber zunächst ist prozessualisch gegen eine solche Verbindung von Vertheidigungsmitteln nichts einzuwenden; die Vertheidungsmittel dürfen einander widersprechen; das gestattet die im Prozesse herrschende Eventualmaxime.[1]) Außerdem tritt aber ein Bestreiten der Klagforderung keineswegs mit dem Vorschützen einer Definitivzahlung in unlösbaren Widerspruch. Ein Beklagter kann in der irrthümlichen Meinung zu schulden gezahlt haben. Wird er dann gleichwohl nochmals auf Zahlung belangt, so ist nichts natürlicher, als daß er 1. die Klagforderung bestreitet und 2. sich einredlich auf die erfolgte Zahlung beruft. Ob er dabei hinzufügt, er habe aus Irrthum gezahlt, ist gleichgültig. Fügt er das aber hinzu,

---

[1]) Das Wort in einem anderen Sinne gebraucht als in dem oben Seite 25, 46 entwickelten. Vergl. Stölzel, Schulung für die civ. Pr. 2. Aufl. Seite 38.

und bestreitet der Kläger, die Zahlung zugestehend, den Irrthum, so kommt es in diesem Prozesse weder zu einem Beweise über den Irrthum, noch zu einem Beweise über die Klagforderung, vielmehr ist alsbald auf Grund der unstreitigen Definitivzahlung klagabweisend zu erkennen. Die Fragen, ob die Klagforderung entstanden und ob die Zahlung irrthümlich geleistet ist, bleiben einem künftigen Prozesse vorbehalten, den etwa der Beklagte mittels der condictio indebiti oder der Kläger mittels der Klage auf Feststellung einleitet, daß dem Beklagten der in der durch sein Vorbringen geltendgemachte Kondiktionsanspruch nicht zustehe. Nur wenn der Kläger nach erklärtem Zugeständniß der Zahlungseinrede seine auf Zahlung gerichtete Klage in eine Feststellungsklage umwandelt, oder wenn der Beklagte mit der Zahlungseinrede eine Widerklage auf Rückzahlung des indebitum verbindet, wird über das Entstehen der Klagforderung und über den angeblich bei der Zahlung bestandenen Irrthum in dem ersten Prozesse entschieden.

Die Sachlage ist also bei der Definitivzahlung in diesen Punkten genau dieselbe wie bei der Eventualzahlung. Aus dem aber, was sich uns für die aus angeblichem Irrthum geleistete Zahlung (also für die Definitivzahlung) ergab, ist eine bedeutsame Folgerung für die mit angeblichem Vorbehalt geleistete Zahlung (also für die Eventualzahlung) zu ziehen. Wenn Jemand, der die Klagforderung bestreitet, zur Begründung einer vorgeschützten Zahlungseinrede den bei der Zahlung vorgekommenen Irrthum nicht zu behaupten und auch nicht zu beweisen braucht, so muß dasselbe gelten für die Begründung einer Zahlungseinrede bezüglich des bei der Zahlung gemachten Vorbehalts. Vorbehalt und Irrthum stehen sich in dieser Beziehung gleich. Damit gelangen wir zu dem Resultate, daß bei Geltendmachung einer Zahlungseinrede der Beklagte, der die Klagforderung bestreitet, sich nicht nur darüber schweigend verhalten kann, ob er eine aus Irrthum geleistete Definitivzahlung, sondern auch darüber, ob er eine Eventualzahlung behaupten will. Und schweigt er darüber, so ist es unerheblich, wenn etwa der Kläger geltend macht, ein Irrthum habe bei der Zahlung nicht obgewaltet, oder ein Vorbehalt sei bei ihr nicht gemacht worden, deshalb könne auf das Bestreiten der Klagforderung keine Rücksicht genommen werden; es muß, wenn die Zahlung unstreitig ist, die Klagabweisung erfolgen, wobei die Frage dahin gestellt bleibt, ob die Klagforderung

entstanden und ob die Zahlung aus Irrthum oder mit Vorbehalt geleistet ist. Mit anderen Worten: die Wirkung unstreitig geleisteter Zahlung auf das Schicksal einer ungeachtet dieser Zahlung erhobenen, auf nochmalige Zahlung gerichteten Klage ist dieselbe, mag die Zahlung irrthümlich, mag sie mit Vorbehalt oder mag sie nicht irrthümlich und ohne Vorbehalt geleistet sein.

Eine im Prozesse festgestellte Eventualzahlung gewährt hiernach, wie jede andere im Prozesse festgestellte Zahlung, bei streitiger Klagforderung eine alsbald durchgreifende Einrede. Es ist rechtsirrthümlich, daraus, daß jede Zahlung eine existente Forderung voraussetze, zu schließen, erst wenn die Klagforderung zugestanden oder bewiesen sei, könne die auf eine Eventualzahlung gestützte Einrede in Betracht kommen. Für die prozessualische Wirkung der aus einer Eventualzahlung entlehnten Einrede muß es vielmehr gleichgültig sein, ob die Klagforderung besteht oder nicht besteht. Die auf *Zahlung* gerichtete Klage ist erledigt, sobald sich ergiebt, daß der Kläger durch die Zahlung des Beklagten, wenn auch nur eventuell, bereits die Verfügung über den Betrag erlangt hat, dessen Zahlung die Klage begehrt. Wozu sollte diese Erledigung durch eine Beweisverhandlung über die Klagforderung noch aufgehalten werden? Ist die Klage zurückzuweisen, wenn, wie der Kläger behauptet, die Klagforderung besteht, so muß die Klage erst recht zurückgewiesen werden, wenn, wie der Beklagte behauptet, die Klagforderung nicht besteht. Aber die Klagabweisung vermeidet der Kläger, wenn er die auf Zahlung gerichtete Bitte nach Feststellung der ihm bis dahin unbekannt gewesenen Eventualzahlung in die Bitte umändert, das Nichtbestehen des vom Beklagten behaupteten Rückzahlungsanspruchs festzustellen. Das Gericht legt dann dem Kläger den Beweis der Klagforderung auf; je nach dem Gelingen oder Mißlingen dieses Beweises wird klaggemäß oder klagabweisend erkannt.

Zweiter Abschnitt.

Aufrechnung.

§ 15. Aufrechnung mit oder ohne Schuldanerkennung (Definitiv-, Eventualaufrechnung).

Nicht mehr und nicht weniger als die Tilgung einer Forderung durch Zahlung den Bestand der Forderung voraussetzt, nicht mehr

und nicht weniger setzt die Tilgung durch Aufrechnung mit einer Gegenforderung den Bestand der zu tilgenden Hauptforderung voraus. Ferner: wie in der Definitivzahlung eine Anerkennung derjenigen Forderung liegt, auf welche die Zahlung erfolgt, so liegt in der Definitivaufrechnung eine Anerkennung der Hauptforderung, gegen welche aufgerechnet werden soll. Wie aber eine „Zahlung mit Vorbehalt", eine Eventualzahlung, statthaft ist, so auch eine Eventualaufrechnung, d. h. eine unter dem Vorbehalte (oder der Bedingung) des Bestehens der gegnerischen Forderung erklärte Aufrechnung.

Diese Parallele findet sich kaum irgendwo gezogen; von einer „mit Vorbehalt" bewirkten Aufrechnung ist indeß wiederum im Preußischen A.L.R. wenigstens eine leise Spur zu finden. Nach § 469 Thl. I Tit. 14 sind Vorbehalte „bei Zahlungen und andere dergleichen Handlungen" nach der Natur der Handlung selbst, welcher sie beigefügt werden, zu bestimmen. Unter andern dergleichen Handlungen ist sicher die Aufrechnung mitzuverstehen.

Die Geltendmachung einer Zahlungseinrede, gestützt auf eine Eventualzahlung, enthält, wie wir sahen, keine Anerkennung der gegnerischen Forderung. Gleichwohl schließt diese Einrede, wie eben dargethan ist, unbedingt den etwaigen Anspruch des Gegners auf „Zahlung" aus. Davon, daß der Gegner erst diesen Anspruch auf Zahlung als einen begründeten beweisen müßte, ehe es zur Abweisung der auf Zahlung gerichteten Klage kommen dürfte, kann keine Rede sein, wenn nur die geleistete Zahlung feststeht. Ebenso liegt es bei der Kompensationseinrede, welche sich auf eine Eventualaufrechnung stützt. Auch das Geltendmachen der Eventualaufrechnung enthält keine Anerkennung der gegnerischen Forderung, aber deßungeachtet schließt die Einrede, „unter dem Vorbehalt des Bestehens der Hauptforderung hiermit aufzurechnen," unbedingt die auf Zahlung der Hauptforderung gerichtete Klage aus, sobald die Gegenforderung als bestehend zugegeben und vom Gericht als kompensabel anerkannt wird.

Der Rechtsverkehr erheischt, daß es statthaft ist, eine Klage auf Zahlung dadurch definitiv zu erledigen, daß man mit Baarmitteln zahlt „vorbehaltlich der Frage, ob die Klagforderung besteht oder nicht besteht". Ist dies richtig, dann muß auch derselbe Rechtsverkehr erheischen, daß es statthaft ist, eine Klage auf Zahlung dadurch definitiv zu erledigen, daß man mit einer —

vom Gegner anerkannten — Gegenforderung zahlt vorbehaltlich der Frage, ob die Klagforderung besteht oder nicht besteht.

Die vorbehaltlose Zahlung kann nur mit der condictio indebiti angefochten werden. Der analoge Satz gilt für die vorbehaltlose Aufrechnung. Wer unter Anerkennung einer nicht bestehenden Klagforderung (also ohne Grund) irrthümlich gezahlt hat, klagt auf Zahlung eines dem baargezahlten Betrage gleichen Betrags unter Uebernahme des Beweises der Nichtschuld; wer unter Anerkennung einer nicht bestehenden Klagforderung (also ohne Grund) irrthümlich aufgerechnet hat, klagt auf Zahlung eines dem ideellgezahlten Betrage gleichen Betrages, d. h. auf Zahlung des Betrages seiner ohne Grund irrthümlich aufgerechneten Gegenforderung unter Uebernahme des Beweises der Nichtschuld. Etwa ohne Uebernahme letzteren Beweises einfach aus der Gegenforderung zu klagen, als sei sie nicht aufgerechnet worden, ist dem Kompensanten versagt; denn dieser Klage würde die Einrede entgegenstehen, die jetzige Klagforderung sei früher als Gegenforderung mittels Aufrechnung verwendet worden. Wer heute mit seiner Forderung vorbehaltlos — also unter Anerkennung der gegnerischen Forderung — aufrechnet, kann nicht morgen aus seiner Gegenforderung klagen, als sei nicht mit ihr aufgerechnet. Hat sich aber der Aufrechnende bei seiner Aufrechnung geirrt, indem er eine Forderung des Gegners als bestehend anerkannte, die in Wahrheit nicht bestand, so muß ihm der nämliche Rechtsbehelf zustehen, wie dem Zahler einer Nichtschuld. Dieser Rechtsbehelf ist die condictio indebiti; das geleistete indebitum ist die Zahlung mit einer Forderung. Die in Zahlung gegebene (d. h. die aufgerechnete) Forderung ist, weil sie mit der Anerkennung einer Forderung des Gegners verbunden war, erloschen; sie lebt nicht wieder auf, wenn sich nachträglich die Anerkennung als auf Irrthum beruhend herausstellt. Folglich sind auch die für die Gegenforderung gesetzten Bürgen und Pfänder durch die Aufrechnung frei geworden; der Kondiktionsanspruch, welcher an die Stelle des Anspruchs aus der Gegenforderung getreten ist, entbehrt der Sicherung durch Bürgen oder Pfänder. Nur um Wiederherstellung des Pfandrechts (d. h. um Neukonstituirung von Pfändern) vermittels der Kondiktion kann es sich handeln.[1]) Inso-

[1]) Vergl. Bähr, Anerkennung, § 61 a. E. und die dort zitirte l. 15 Dig. quib. mod. pignus (20, 6).

fern wirkt die in vorbehaltloser Aufrechnung liegende Anerkennung der gegnerischen Forderung noch weiter als die in vorbehaltloser Zahlung liegende Anerkennung.[1]) Um so nothwendiger ist es, im Rechtsverkehr einer Aufrechnung mit Vorbehalt ihren Platz einzuräumen, und um so räthlicher ist es, demjenigen, der aufrechnen will, zu empfehlen, daß er mit Vorbehalt aufrechnet, wenn er nicht des Bestehens der gegnerischen Forderung sicher ist. Man kann nicht etwa den Fortbestand von Bürgen und Pfändern damit rechtfertigen, daß man geltend macht: da jede Aufrechnung den Bestand gegenseitiger Forderungen voraussetze, so bleibe die Gegenforderung ungeachtet erklärter Aufrechnung bestehen, wenn es an einer Hauptforderung fehle; die Aufrechnung sei in solchem Falle ein nullum. Das würde mit der Anerkennungswirkung einer vorbehaltlosen Aufrechnung unvereinbar sein und im Effekte eine Weiterhaftung von Bürgen und von Pfändern (ungeachtet vorbehaltlos erklärter Aufrechnung), obwohl die Pfänder und Bürgen längst frei gegeben sind, bis zum Ablauf von möglicherweise 30 Jahren bedeuten. Da ist es doch eher gerechtfertigt, den Aufrechnenden die Gefahr einer unvorsichtigerweise vorbehaltlos erklärten Aufrechnung tragen, als den Pfandgeber oder den Bürgen in die Zukunft hinein haften zu lassen.

Die Parallele zwischen Zahlung und Aufrechnung geht aber noch erheblich weiter.

Wie derjenige, der eine Baarzahlung entgegennimmt, nicht befugt ist, wenn der Zahler das Bestehen der Forderung anzweifelt, seinen auf Zahlung gerichteten Klaganspruch weiter zu verfolgen, so ist auch derjenige, dem eine von ihm anerkannte Gegenforderung entgegengesetzt wird, seinen auf Zahlung gerichteten, vom Kompensanten bestrittenen Klaganspruch weiter zu verfolgen nicht befugt. Die Einrede der Baarzahlung wie der Kompensation kann in ihrer prozessualischen (zur Klagabweisung führenden) Wirkung nicht um deswillen aufgehalten werden, weil das Vorschützen der Einrede mit einem Bestreiten der Klagforderung verbunden worden ist. Mit anderen Worten: im einen wie im anderen Falle liegt die Frage nach dem Bestehen der Klagforderung außerhalb des auf deren Zahlung abzielenden Rechtsstreites.

---

[1]) Vergl. oben Seite 105.

Derselbe Zweifel, der bei der Eventualzahlung auftauchte, ob nämlich der Vorbehalt den Rechtsakt zu einem „bedingten" macht, und ob der Rechtsakt überhaupt eine Bedingung zulasse, taucht auch bei der Eventualaufrechnung, oder, wie man diesen Rechtsakt häufiger zu nennen pflegt, bei der „eventuellen" Aufrechnung auf. Die Motive des Entwurfs zum B.G.B. erklären gleich der bedingten Zahlung „die bedingte Aufrechnung" für unwirksam.[1]) Das Gesetzbuch selbst schweigt von der bedingten Zahlung, spricht aber aus, daß „die Erklärung der Aufrechnung unwirksam ist, wenn sie unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung abgegeben wird".[2])

Um diesen Satz zu rechtfertigen, stellen die Motive[3]) die bedingte Aufrechnung der eventuellen Aufrechnung gegenüber; die letztere wollen sie im Gegensatz zur ersteren zulassen, sie gehen deshalb davon aus, daß der Entwurf die Eventualaufrechnung durch die Unwirksamkeitserklärung der „bedingten" Aufrechnung nicht getroffen habe.

Wenn hiernach die Motive unterscheiden wollen zwischen eventueller und bedingter Aufrechnung, so ist anzuerkennen, daß dem ein richtiger Gedanke zu Grunde liegt. Es ist derselbe Gedanke, welcher oben[4]) bei der Zahlung auftauchte und zur Unterscheidung der Eventualzahlung von der mit sonstigem Vorbehalt oder unter einer Bedingung geleisteten Zahlung geführt hat: die Zahlung mit dem Vorbehalt des Bestehens der Forderung, um deren Tilgung es sich handelt, geht — im Gegensatze einerseits zu einer sonstigen bedingten Zahlung, andererseits zur Definitivzahlung — ebenso ihre eigenen Wege, wie die Aufrechnung mit dem Vorbehalte des Bestehens der Hauptforderung — im Gegensatze einerseits zu einer sonstigen bedingten Aufrechnung, andrerseits zur Definitivaufrechnung. Aber wie die Eventualzahlung an sich sehr wohl eine bedingte Zahlung im Rechtssinne genannt werden kann,[5]) so erscheint auch die Eventualaufrechnung als bedingte Aufrechnung; ein Gesetz, welches ohne jede Einschränkung die bedingte Aufrechnung für unwirksam erklärt, läuft also die Gefahr — da in der bisherigen

[1]) Bd. II Seite 108.

[2]) § 388 B.G.B.

[3]) Bd. II Seite 106 ff.

[4]) Seite 105.

[5]) Siehe oben Seite 106 ff. 117.

Rechtssprache bedingte und eventuelle Aufrechnung nicht entgegengesetzte Begriffe sind — dahin verstanden zu werden, als solle damit nicht blos eine Aufrechnung etwa unter der Bedingung, daß innerhalb der nächsten acht Tage Wechselgläubiger nicht drängen, oder daß innerhalb solcher Frist es nicht regne, sondern auch eine Aufrechnung unter der Bedingung des Bestehens der Hauptforderung für unwirksam erklärt werden. Daß diese Gefahr besteht, ergiebt z. B. die Bemerkung von Eccius,[1]) es sei zu bezweifeln, ob der im B.G.B. „beabsichtigte Ausschluß eventueller Kompensation den Forderungen des Lebens entspreche." Also Eccius nimmt in der That an, das B.G.B. wolle die eventuelle Aufrechnung für unwirksam erklären, weil es der bedingten Aufrechnung die Wirkung abspricht. Es bedarf kaum der Ausführung, daß das B.G.B., so verstanden, einen der ärgsten Mißgriffe gemacht hätte. Der Ausschluß der Eventualaufrechnung auf legislativem Wege würde eine sehr empfindliche Neuerung sein und überhaupt die Beseitigung der Kompensationseinrede für die meisten Fälle bedeuten, in denen diese Einrede bisher praktisch wurde, nämlich für alle Fälle, in denen der Beklagte im Prozesse erklärt, aufrechnen zu wollen, aber daneben die Klagforderung bestreitet oder noch andere Einreden als die der Kompensation vorbringt. Denn in allen diesen Fällen handelt es sich um eine Eventualaufrechnung, die man sehr wohl eine bedingte Aufrechnung nennen kann. Sie verbieten, hieße also die Kompensationseinrede einschränken auf Fälle, in denen der Beklagte die Klagforderung zugesteht und die Aufrechnung als sein einziges Vertheidigungsmittel benutzt. Das kann kein vernünftiger Gesetzgeber gewollt haben.[2]) Immerhin hätte es sich, um naheliegenden Mißverständnissen vorzubeugen, empfohlen, wenn das B.G.B. die fortdauernde Zulässigkeit der Eventualaufrechnung als Ausnahme vom Verbote „bedingter" Aufrechnung besonders ausgesprochen und wenn es bei der Zahlung eine analoge Bestimmung über die bedingte Zahlung wie über die Eventualzahlung aufgenommen hätte. Hielt aber das B.G.B. einen Ausspruch darüber für entbehrlich, daß eine bedingte Zahlung (abgesehen von der Eventualzahlung) eine Schulderfüllung nicht darstelle, so erscheint ein

[1]) Pr. Privatr. 7. Aufl. Bd. 1 Seite 603 Note 68 a. E.

[2]) Vergl. hierzu auch Leonhard, Aufrechnung Seite 148. Geib im Archiv f. civ. Pr. Bd. 85 Seite 199 ff.

Ausspruch über die Unwirksamkeit „bedingter" Aufrechnung noch entbehrlicher. Praktische Fälle, in denen Jemand sub conditione oder sub die aufgerechnet hätte, dürften kaum nachweisbar sein, ebensowenig gesetzgeberische Verbote solcher Aufrechnungen. Gleichwohl besteht kaum ein Zweifel, daß Einreden, die sich auf solche sonderbare Aufrechnungserklärungen gestützt hätten, von jedem Gerichte mit der einfachen Erwägung zurückgewiesen sein würden, daß die Klagforderung wohl durch eine spätestens beim Schlusse der mündlichen Verhandlung vollzogene, nimmermehr aber durch eine günstigsten Falls erst in Zukunft sich vollziehende (zur Zeit noch vom Eintritt einer anderen Bedingung, als der des Beweises der Hauptforderung oder vom Eintritt eines Termins abhängige) Aufrechnung ausgeschlossen werde. Das heißt: die auf eine solcher Art bedingte oder betagte Aufrechnung sich stützende Kompensationseinrede ist nach dem allen Rechten gemeinsamen Grundbegriffe der Kompensationseinrede, ja jeder Einrede, eine unbegründete Einrede; mit noch ungewissen künftigen Thatsachen kann man so wenig einen Klaganspruch begründen, als ihn excipiendo aus dem Wege räumen. Die Aufrechnung mit dem Zusatze hingegen: „sofern die eingeklagte Forderung besteht," muß naturgemäß zulässig sein; sie ist im praktischen Leben durchaus unentbehrlich und soll auch vom B.G.B. laut der Motive nicht ausgeschlossen sein, mag man in solcher Aufrechnung eine bedingte oder eine eventuelle oder eine mit Vorbehalt erklärte oder gar (mit den Motiven des B.G.B.[1]) eine „unbedingte" Aufrechnung sehen.

Wer im Prozesse erklärt, er rechne auf, sofern die eingeklagte Forderung bestehe, nimmt in demselben Sinne eine ideelle Zahlung vor, wie derjenige reell zahlt, welcher Baarmittel behufs Tilgung einer bestimmten Forderung hingiebt mit der Erklärung, er zahle, sofern jene Forderung bestehe. Der Umstand, daß im erstern Falle eine Forderung das Tilgungsmittel ist, im letztern Falle baares Geld, kann unmöglich die Wirkung äußern, daß man ohne vorherige Feststellung der Klagforderung erstern Falls die auf eine mit Vorbehalt erfolgte Aufrechnung gestützte Einrede für unbegründet, letztern Falls die auf eine mit Vorbehalt erfolgte Zahlung gestützte Einrede für begründet zu erklären hätte. Wer einem Forderungs-

[1]) Siehe oben Seite 139.

prätendenten baar zahlt, setzt seinen Gegner in die Lage, über bisher fremdes Geld frei zu verfügen; wer aufrechnet, setzt den Gegner in die Lage, über denjenigen Betrag eigenen Geldes frei zu verfügen, den er bisher dem Aufrechnenden zu zahlen schuldig war.[1]) Ob die Forderung, die der Gegner geltend gemacht hat, in Wirklichkeit besteht, ist im einen Falle so erheblich oder so unerheblich wie im andern. Nur weil eine Forderung als eine unkörperliche Sache nicht ebenso hingegeben werden kann, wie körperliche Geldstücke, muß die Einrede der mit Vorbehalt bewirkten Aufrechnung sich in ihrer rechtlichen Konstruktion anders gestalten als die Einrede der mit Vorbehalt bewirkten Zahlung; denn „Vorbehalte bei andern Handlungen als Zahlungen bestimmen sich nach der Natur der Handlung, der sie beigefügt werden".[2]) Da baares Geld „gegeben" werden kann, so ist auch seine „Zurückgabe" rechtlich möglich. Eine Forderung kann nicht „gegeben", sie kann also auch nicht „zurückgegeben" werden. Die Hingabe einer Forderung geschieht im Allgemeinen durch Zession, von einer Zession kann aber nicht die Rede sein, wenn derjenige, dem die Forderung hingegeben werden soll, zugleich der Schuldner der Forderung ist. In diesem Falle vollzieht sich rechtlich die „Hingabe" der Forderung in der Form eines Verzichtes des bisherigen Forderungsberechtigten. Wer aufrechnet, erklärt, seine Gegenforderung als getilgt ansehen, also sie aufgeben zu wollen[3]) zum Zwecke der Tilgung einer gleich großen Forderung seines Schuldners. Ist die letztere Forderung streitig, während die Gegenforderung des Kompensanten feststeht, so erscheint bis zum Austrage dieses Streites die Aufrechnung als ein bedingter Verzicht des Kompensanten, bedingt durch die zukünftige Thatsache, daß die streitige Forderung sich als entstanden ergebe.

Auch bedingte oder eventuelle Zession ist denkbar als Mittel, eine Forderung zu tilgen. Gesetzt ein Gläubiger erklärt sich bereit, auf seine Forderungen gewisse Guthaben seines Schuldners an Dritte in Zahlung annehmen zu wollen, so wird, wenn der Gläubiger irgend eine Forderung einklagt, der beklagte Schuldner im Prozesse mit Wirksamkeit erklären können, er zedire hiermit dem Kläger, sofern dessen von ihm in erster Linie bestrittene Forderung bestehe,

[1]) Vergl. oben Seite 3.

[2]) § 469 A.L.R. I, 16 (siehe oben Seite 136).

[3]) Siehe oben Seite 3 Note 1.

eines der bezeichneten Guthaben. Giebt dann der Kläger die Existenz dieses Guthabens zu, so ist die Klage ohne Beweiserhebung auf Grund der erklärten Eventualzession abzuweisen. Eine solche Einrede der Eventualzession steht einerseits der Einrede der Eventualzahlung, andererseits der Einrede der Eventualaufrechnung gleich. Die Eventualzahlung unterscheidet sich von der Eventualzession dadurch, daß erstere eine Zahlung mit baarem Gelde, letztere eine Zahlung mit einer Forderung ist, die Eventualaufrechnung hat mit der Eventualzession gemein, daß jede eine Zahlung mit einer Forderung ist, sie unterscheiden sich aber dadurch, daß Gegenstand der Eventualzession die Forderung wider einen Dritten, Gegenstand der Eventualaufrechnung die Forderung wider den Kläger ist.

Die Bedingung erscheint bei der mit Vorbehalt bewirkten ideellen Zahlung, wie sie in einer Eventualzession und ebenso in einer Eventualaufrechnung liegt, als eine suspensive im Gegensatz zu der im Vorbehalt einer Rückforderung liegenden Resolutivbedingung bei der mit Vorbehalt des Bestehens der Forderung geleisteten reellen Zahlung. Baar Geld kann nicht unter einer Suspensivbedingung, sondern nur unter einer Resolutivbedingung hingegeben, es kann, wenn es so hingegeben, wohl zurückgefordert, die Hingabe kann aber durch spätere Ereignisse nicht zu einer ungeschehenen gemacht werden. Die Thatsache der reellen Zahlung verträgt keine Suspensivbedingung.[1]) Anders steht es mit dem Rechtsakte der Zession oder der Aufgabe einer Forderung. Er besteht in einer bloßen Willenserklärung von rechtlicher Bedeutung, und solche Willenserklärungen vertragen Suspensivbedingungen. Jemand, der eine Forderung aufgiebt, um dadurch eine andere Forderung zu tilgen, kann, so lange die letztere Forderung von ihm bestritten wird, vernünftigerweise gar nicht den Willen haben, seine Forderung unbedingt aufzugeben mit dem Vorbehalt, daß ihm die aufgegebene Forderung von Neuem konstituirt oder daß ihm dafür ein gleich großer Geldbetrag als Ersatz gewährt werde, wenn die streitige Forderung sich demnächst als nicht entstanden ergeben sollte. Er kann vielmehr nur den Willen haben, die Aufgabe seiner Forderung noch unentschieden zu lassen, bis die Entstehung der anderen Forderung dargethan sei, sich aber immerhin doch zu verpflichten,

---

[1]) Siehe oben Seite 105.

seine Forderung als getilgt anzuerkennen, sobald sich ergeben sollte, daß die andere Forderung entstanden sei. Wenn die Baarzahlung mit Vorbehalt rechtlich zulässig ist, so muß auch die Idealzahlung mit Vorbehalt zulässig sein. Es wäre eine Lücke im Rechtsverkehr, wenn man auf Grund einer Eventualzahlung eine durchschlagende Einrede gegen jeden trotz der Eventualzahlung erhobenen Anspruch auf Zahlung erwürbe, ohne daß in diesem Prozesse die Frage zum Austrag käme, ob die Forderung bestehe, auf welche eventuell gezahlt ist, wenn man aber auf Grund einer Eventualaufrechnung eine analoge Einrede gegen den trotz dieser Aufrechnung erhobenen Anspruch nicht erwürbe, und wenn bei erklärter Eventualaufrechnung der Streit über die Existenz der Hauptforderung in einem mit den allgemeinen Prozeßregeln[1]) nicht im Einklang stehenden Verfahren alsbald ausgetragen werden müßte. Nur soweit besteht ein Unterschied zwischen beiden Fällen, als er durch die Natur einerseits der Zahlung, andererseits der Aufrechnung geboten ist. Beide haben gemeinsam, daß sie sofort und definitiv den Klaganspruch auf Zahlung ausschließen, und daß sie auch die Befreiung der für die Sicherung dieses Anspruchs bestellten Bürgen und Pfänder herbeiführen: ergiebt sich, daß der Klaganspruch zur Entstehung gelangt ist, so verwandelt sich von selbst die Eventualaufrechnung in eine vom Tage ihrer Erklärung an wirkende Definitivaufrechnung, so daß Bürgen und Pfänder von dem Tage an frei sind; und ergiebt sich, daß der Klaganspruch nicht zur Entstehung gelangt ist, so sind Bürgen und Pfänder überhaupt niemals wirksam bestellt worden. Eventualzahlung und Eventualaufrechnung unterscheiden sich aber dadurch, daß das bei der Eventualzahlung Geleistete resolutiv bedingt dem Empfänger zufällt, das bei der Eventualaufrechnung Geleistete nur suspensiv bedingt. Bezüglich der Frage, ob die zur Aufrechnung bestimmte Gegenforderung getilgt oder nicht getilgt ist, entsteht ein Schwebezustand; Pfänder und Bürgen, die für diese (Gegen-) Forderung bestellt sind, bleiben verhaftet, bis über die Existenz der Hauptforderung entschieden ist; denn nur für den Fall ihrer Existenz soll Tilgung der Gegenforderung nach dem Willen des Kompensanten eintreten. Für die materielle Wirkung der Aufrechnung, wie sie sich im Erlöschen der Gegenforderung

[1]) Siehe oben Seite 111.

zeigt, ist das Moment des Bestehens der Klagforderung von derselben Bedeutung, wie bei der Eventualzahlung das Moment des Bestehens der Klagforderung von Bedeutung ist für den Ausschluß eines Rückforderungsanspruchs.[1]) Für die prozessuale Wirkung der Aufrechnungseinrede kommt es aber — analog wie bei der Einrede der Eventualzahlung — nur auf die beiden andern Momente an, welche zur Begründung einer Aufrechnungseinrede nöthig sind, auf die Existenz der kompensabeln Gegenforderung und auf die Aufrechnungserklärung des Kompensanten.

Wer mit Baarmitteln oder mit einer Gegenforderung, wenn auch nur eventuell, gezahlt hat, ist berechtigt, ohne Weiteres die Abweisung jeden Anspruchs auf Zahlung zu verlangen.

Wie sich darum durchgreifend derjenige, gegen den ein Anspruch auf Zahlung erhoben wird, dieses Anspruchs im Prozesse entschlägt, wenn er sich auf eine feststehende Eventualzahlung berufen kann, so entschlägt er sich desselben Anspruchs im Prozesse, wenn er sich auf eine feststehende Eventualaufrechnung berufen kann. Die Eventualaufrechnung aber steht fest, wenn im Prozesse der Beklagte seinen Aufrechnungswillen erklärt und der Kläger die als kompensabel sich darstellende Gegenforderung einräumt, mit welcher der Beklagte aufrechnen will. In gleicher Weise steht die Eventualzahlung fest, wenn der Beklagte sie im Prozesse leistet und der Kläger sie annimmt, oder wenn der Beklagte sie vor dem Prozesse geleistet zu haben behauptet und der Kläger dies einräumt. Für die den prozessualen Anspruch auf Zahlung vernichtende Wirkung der einen und der andern Einrede ist das Bestehen der Klagforderung bedeutungslos.

Ein praktisches Bedürfniß, daß bei der Aufrechnung ein anderer Vorbehalt als der des Bestehens der Hauptforderung zugelassen werde, ist nicht anzuerkennen. Fanden wir,[2]) daß die landrechtlichen Bestimmungen über die „Zahlung mit Vorbehalt" lediglich auf den in Nichtanerkennung der Forderung bestehenden Vorbehalt zu beziehen sind, so wird es auch gerechtfertigt sein, die „Aufrechnung mit Vorbehalt" auf den Fall der Nichtanerkennung der Hauptforderung zu beschränken. Nur diese Art der Aufrechnung, die

[1]) Siehe oben Seite 103.

[2]) Oben Seite 116.

„Eventualaufrechnung“,[1]) kommt für uns in Betracht; nur sie giebt eine wirksame Einrede.

Die Eventualaufrechnung in diesem Sinne, welche gleich der Eventualzahlung einen Protest wider die Anerkennung der geltendgemachten Hauptforderung enthält, ist ein theoretisch wie praktisch noch weniger durchgearbeiteter Rechtsbegriff als die Eventualzahlung.

Darin allein wird der Grund des Hin- und Hertastens von Theorie wie Praxis zu suchen sein, wenn es sich um die Frage handelt, welches Verfahren bei illiquider Haupt- und liquider Gegenforderung einzuhalten sei.

Weil man verkennt, daß — gleich der reellen Eventualzahlung — die ideelle Eventualzahlung, d. h. die Eventualaufrechnung, unangesehen des Bestehens der Klagforderung eine wirksame Einrede gegen eine auf Zahlung gerichtete Klage giebt, erfordert man fast unterschiedslos bei illiquider Haupt- und liquider Gegenforderung den Beweis der Hauptforderung. Dies ist geradeso unrichtig, wie wenn man bei der Einrede der Eventualzahlung für die Erledigung des Prozesses ein Beweisverfahren über das Bestehen der Klagforderung verlangen wollte.

Darüber, ob die Klagforderung, deren Zahlung begehrt wird, zur Existenz gekommen ist, kann, wie bei der Einrede der Eventualzahlung, so bei der Einrede der Eventualaufrechnung, unter besonderen Umständen in dem auf Zahlung gerichteten Prozesse entschieden werden; es muß aber nicht unter allen Umständen darüber entschieden werden. Auch wer sich einredlich auf eine Zahlung stützt, macht einen Rechtsakt geltend, der begrifflich eine gegenüberstehende Forderung voraussetzt; man kann zwar seinem Gegner Geldstücke hingeben, aber eine „Zahlung“ wird erst daraus, wenn dem Gegner eine Forderung zusteht. Gleichwohl darf nicht blos, sondern es muß die Feststellung des Umstandes, ob dem Gegner eine Forderung zusteht, in dem Prozesse, den er auf Zahlung anstrengt, unterbleiben, wenn der Kläger zugiebt, Zahlung erhalten zu haben, sei es mit, sei es ohne Vorbehalt der Frage, ob er forderungsberechtigt sei.[2])

Zur Klarstellung wird ein Zurückgreifen auf die Eingangs dieser Schrift[3]) entwickelte Natur der Aufrechnung als ideeller Tilgung einer Forderung gegensätzlich zur Zahlung als reeller Tilgung dienen.

---

[1]) Siehe oben Seite 109.

[2]) Siehe oben Seite 113. — [3]) Siehe oben Seite 3 ff.

Wer eine Eventualzahlung vornimmt, erklärt seinem Gegenpart: „Ich stelle dir hiermit den geforderten Betrag zur Verfügung, indem ich ihn dir einhändige; mit dem Gelde soll deine Forderung getilgt sein, sofern sie besteht; ob dies der Fall, bleibt vorläufig dahin gestellt.“

Wer eine Eventualaufrechnung vornimmt, erklärt:

„Ich stelle dir hiermit den geforderten Betrag zur Verfügung, indem ich dich anheiße, den von dir feststehendermaßen mir geschuldeten Betrag zu behalten; mit dem Gelde soll deine Forderung getilgt sein, sofern sie besteht; ob dies der Fall, bleibe vorläufig dahin gestellt.“

Niemand hat bis jetzt behauptet und Niemand wird wohl künftig behaupten, daß in einem Prozesse, in welchem der Beklagte der auf Zahlung gerichteten streitigen Klagforderung gegenüber sich auf eine Eventualzahlung berufen kann, auf den Klagantrag die Streitfrage zum Ausdruck kommen müsse, ob die eingeklagte Forderung bestehe.[1]) Deshalb sollte auch Niemand behaupten, daß in einem auf Verurtheilung zur Zahlung gerichteten Prozesse, in welchem der Beklagte der streitigen Klagforderung gegenüber sich auf die erfolgte Eventualaufrechnung einer unstreitigen Gegenforderung berufen kann, die Streitfrage über das Bestehen der Klagforderung zum Austrag kommen müsse.

Es ist ungerechtfertigt, damit, daß die Aufrechnung begrifflich nur bei festgestellter Klagforderung denkbar sei, eine Sondereigenschaft der Kompensationseinrede begründen zu wollen.[2]) Dieselbe begriffliche Voraussetzung hat die Einrede der Zahlung. Und doch bedarf es, wie obige mehrfachen Beispiele der Eventual- und der Definitivzahlung ergeben haben,[3]) nicht der Feststellung der Klagforderung, um die auf Verurtheilung zur Zahlung dieser Forderung gerichtete Klagbitte als unbegründet erscheinen zu lassen.

Der durch die Eventualaufrechnung geschaffene Schwebezustand begründet bereits eine Einrede, durch welche die auf Zahlung gerichtete Klage ausgeschlossen wird, gerade wie eine solche Einrede der durch die Eventualzahlung geschaffene Schwebezustand begründet.

---

[1]) Vergl. oben Seite 114.

[2]) So u. A. besonders Eisele, die Komp. nach röm. und gem. R. (1876) Seite 371.

[3]) Siehe oben Seite 122 ff.

Wie der Eventualzahler die Verfügung über sein Geld während des Schwebezustandes verliert, so verliert der Eventualaufrechner die Verfügung über seine Forderung. Findet der Schwebezustand, nachdem die auf Zahlung gerichtete Klage wegen der erfolgten Eventualzahlung oder der erfolgten Eventualaufrechnung zurückgewiesen, durch die Feststellung, daß die Klagforderung entstanden sei, sein Ende, so ist damit entschieden, daß die in der Eventualzahlung liegende Resolutivbedingung defizirt, die in der Eventualaufrechnung liegende Suspensivbedingung erfüllt, daß also in jenem Falle definitiv gezahlt und daß in diesem Falle definitiv aufgerechnet ist. Die Aufrechnung erscheint dann nicht etwa erst im Augenblick des Eintritts der Bedingung, sondern sie erscheint im Augenblick ihrer Eventualerklärung vollzogen; denn, wie jede Suspensivbedingung, so wird auch diese mit ihrer Erfüllung zurückbezogen. Handelt es sich also z. B. um eine in der Klagebeantwortungsschrift erklärte Aufrechnung, so bedeutet der Tag der Zustellung dieser Schrift zugleich den Tag der vollzogenen Aufrechnung, mag eine Definitiv- oder mag eine Eventualaufrechnung in Frage stehen.

Betrachten wir den Parteiwillen, der in einer Eventualaufrechnung zum Ausdruck kommt, noch etwas näher.

Einen solchen Aufrechnungswillen giebt derjenige kund, welcher im Prozesse in erster Linie die Klagforderung bestreitet, in zweiter Linie eine Kompensationseinrede vorbringt. Ob er dabei ausdrücklich sagt, er bringe seine Einrede nur „eventuell" vor, ist nach Obigem[1]) gleichgültig; eine Kompensationseinrede bei bestrittener Klagforderung ist immer eventuell vorgebracht, d. h. durch das Bestreiten der Klagforderung legt der Beklagte Verwahrung gegen die Annahme ein, sein Wille richte sich auf Anerkennung der Klagforderung. Diese Anerkennung ist ausgeschlossen, wenn dem Geltendmachen der Einrede das Bestreiten der Klagforderung vorausgeht. Liegt ein solches Bestreiten vor, so fehlt es eben an der Anerkennung der Hauptforderung, oder mit andern Worten der Willen aufzurechnen hat einen eventuellen Charakter.

Ob diese Eventualität vorliegt, d. h. ob die Klagforderung zur Entstehung gelangt ist, kann nach Abgabe der Aufrechnungserklärung ebensogut durch außergerichtliche Verhandlung der Parteien, wie

[1]) Siehe Seite 22 ff.

durch Richterspruch auf Grund stattgehabter Beweisführung festgestellt werden, und zwar letzteres sowohl durch einen Richterspruch, der im nämlichen Prozesse ergeht, in welchem die Eventualaufrechnung vorgenommen ist, als durch einen Richterspruch in einem anderweiten Prozesse. Es mag für den Kompensanten am nächsten liegen, daß er bei seiner Aufrechnungserklärung an eine richterliche Feststellung im gegenwärtig anhängigen Prozesse denkt.[1]) Daraus folgt aber keineswegs, daß es in Folge der erklärten Eventualaufrechnung Pflicht des Richters sei, in dem anhängigen Prozesse über den Grund oder Ungrund des bei der Aufrechnung gestellten Vorbehalts zu entscheiden. Eine solche Pflicht kann nicht die Partei, es könnte sie nur das Gesetz dem Richter auferlegen, und das Gesetz hat dies nicht gethan.[2]) Das Gesetz hat vielmehr in der Zulassung einer Widerklage dem Kompensanten ein Mittel an die Hand gegeben, eine Feststellung des Nochbestehens seiner Gegenforderung zu erreichen. Das blos einredeweise Vorschützen einer Eventualaufrechnung mit der auf „Klagabweisung" gerichteten Bitte bedeutet also im Sinne unserer Prozeßgesetze, wie bei jeder mit Bestreiten des Klaganspruchs verbundenen Einrede, den Wunsch und den Antrag des Beklagten, wenn nicht ohne Beweiserhebung die Klage abgewiesen werden könne, erst nach geführtem Klagebeweise verurtheilt oder seiner Gegenforderung verlustig gesprochen zu werden. Das zu verlangen ist der Beklagte befugt, weil er uneingeschränkt das Recht hat, die Klagthatsachen zu bestreiten. Das Recht, in seinem Interesse eine Beweisauflage über die Klagthatsachen zu verlangen, auch wenn bereits feststeht, daß die Klagbitte unbegründet ist, hat der Beklagte nie, mag er „eventuell" eine Kompensationseinrede oder irgend eine sonstige Einrede vorschützen.

Also das vornehmlichste Ziel des Beklagten ist — und muß naturgemäß nach den Grundsätzen unseres Prozesses (§ 272 C.P.O.) — die möglichst baldige Klagabweisung, die Klagabweisung ohne Beweiserhebung sein. Ist diese Art der Klagabweisung möglich, so ist sie auch nothwendig; sie ist allein das, was sowohl im Interesse des Beklagten als des Klägers liegt. Der vom Beklagten geltendgemachten „Eventualität" wird dann dadurch in vollkommenster Weise Rechnung getragen, daß die Frage, ob seine Gegen-

[1]) Vergl. Eisele, Kompensation Seite 371.

[2]) Siehe oben Seite 45.

forderung definitiv verbraucht ist, *dahin gestellt bleibt.* Die Klagabweisung zu erreichen ist der nächste Zweck seines Bestreitens der Hauptforderung. Kommt es freilich — abgesehen von der Existenz der Hauptforderung — sonst noch zu einem Beweisverfahren in diesem Prozesse, so hat das Beweisverfahren selbstverständlich die Frage nach der Existenz der Hauptforderung mitzuerfassen, aber ist die Existenz der Hauptforderung der einzige Streitpunkt im Prozesse, so erübrigt die Eröffnung eines Beweisverfahrens; denn die anerkannte Gegenforderung schlägt durch. Dasselbe gilt im Falle der Eventualzession, wie er oben[1]) gesetzt ist; auch hier genügt bei Streit über die Klagforderung die im Prozesse erklärte Zession der als Zahlungsmittel vereinbarten Forderung des Beklagten zur alsbaldigen Klagabweisung. Mit Nichten darf die vom Beklagten geltendgemachte Eventualität dahin verstanden werden, der Beklagte erkläre, nur für den Fall aufrechnen oder zediren zu wollen, daß *zunächst in diesem Prozesse der Kläger den Beweis des streitigen Klaganspruchs erbringe*; wäre dies der wirkliche Willen des Beklagten, so müßte der Richter die Einrede stets als unbegründet zurückweisen; denn solche bedingte Einreden kennt unser Prozeß nicht; es ist unmöglich, den Richter zu einer Beweisverhandlung allein von dem Gesichtspunkte aus zu zwingen, daß je nach dem Resultate der Beweisverhandlung eine „eventuelle“ Einrede des Beklagten vorgeschützt oder nicht vorgeschützt sein solle.[2])

Gerade wie die Eventualzahlung etwas Naturgemäßes ist, so ist es ebenso etwas Naturgemäßes, wenn Jemand, von dem die Tilgung einer Forderung durch Zahlung verlangt wird, die Erklärung abgiebt: „ich weiß zwar im Augenblick nicht, ob du wirklich von mir etwas zu fordern hast; sollte es der Fall sein, dann rechne ich mit der gleichgroßen Forderung, die ich gegen dich habe, hiermit auf“. Eine solche Erklärung setzt keineswegs voraus, daß bereits ein Prozeß zwischen den beiden Betheiligten schwebt, sie ist ebensogut *außergerichtlich* möglich, ja sie kann sogar zu einem *Vertrage* der Eventualaufrechnung führen, nämlich dann, wenn sich derjenige, gegenüber welchem außergerichtlich die Eventualaufrechnung erklärt wird, seinerseits mit der Erklärung einverstanden erklärt.

Die Wirkung einer derartigen außergerichtlichen Kompensations=

---

1) Seite 142.

2) Siehe oben Seite 112.

erklärung oder eines derartigen Kompensationsvertrages besteht darin, 1. daß im Falle des Nachweises der Existenz der Hauptforderung die letztere aufrechnungsweise mit dem Momente des erklärten Aufrechnungswillens getilgt ist, 2. daß, solange der Nachweis fehlt, der Kompensant an seine Aufrechnungserklärung gebunden ist, indem er seine Gegenforderung während des Schwebezustandes nicht anderweit zur Aufrechnung verwenden, seine Aufrechnungserklärung auch nicht etwa einseitig zurückziehen kann.

Bei einer vertragsmäßigen Eventualaufrechnung liegt die Bedeutung der Aufrechnung noch klarer zu Tage, als bei einer einseitigen Eventualaufrechnung. Verabredet A mit B, der von A um Zahlung angegangen ist, seine (des B) Forderung, die A als bestehend anerkennt, solle gegen des A Forderung aufgerechnet sein, „wenn letztere Forderung sich als bestehend ergebe", so wird Niemand zweifeln, daß definitiv aufgerechnet ist, sobald die Existenz der Forderung des A feststeht, und daß B seine Gegenforderung erst, sobald die Nichtexistenz der Forderung des A feststeht, anderweit zur Aufrechnung verwenden kann. Ferner wird auch Niemand zweifeln, daß B, von A auf Zahlung verklagt, die vereinbarte Eventualaufrechnung als wirksame Einrede entgegenstellen könnte. Wer mit seinem Gegner — dessen Gegenforderungsrecht anerkennend — vereinbart hat, die Hauptforderung solle, wenn sie existire, durch die Gegenforderung im Wege der Aufrechnung getilgt sein, handelt dolos, wenn er aus der Hauptforderung gegen die Abrede auf Zahlung klagt; des Rechtes, Zahlung zu verlangen, ist er verlustig, und zwar nicht etwa blos bedingt, sondern unbedingt.[1]) Die Abrede einer solchen Eventualaufrechnung schließt für immer den Anspruch auf Zahlung aus. Für die Frage, ob A Zahlung verlangen kann, ist bei verabredeter Tilgung durch Aufrechnung die andere Frage gleichgültig, ob die verabredete Aufrechnung eine Eventual- oder eine Definitivaufrechnung war; Zahlung soll B in Folge dieser Abrede unter keinen Umständen mehr leisten; dem B steht, wenn A deßungeachtet Zahlung fordert, die exc. compensationis (d. h. die Einrede der vor dem Prozesse vereinbarten Aufrechnung) entgegen. Giebt A die vereinbarte Aufrechnung zu, so wird er abgewiesen, mag seine Forderung bestehen oder nicht; von einem Beweisverfahren, das die Existenz der Forderung

[1]) Siehe oben Seite 135.

des A zum Gegenstand hätte, kann keine Rede sein. Die vereinbarte Eventualaufrechnung schließt aber selbstverständlich nicht aus, daß A diejenige Forderung, aus der er Zahlung nicht mehr verlangen kann, einredeweise seinerseits zur Aufrechnung verwendet, wenn B ihn etwa aus der Gegenforderung belangt, nachdem Eventualabrechnung vereinbart war. Es gilt hier genau dasselbe, wie in dem oben[1]) besprochenen Falle, in welchem das Urtheil, das die Klage abweist, dahingestellt sein läßt, ob die Abweisung auf Grund der Verzichts- oder der Kompensationseinrede erfolgt sei.

Ebenso steht es, wenn nicht die Abrede einer Eventualaufrechnung, sondern wenn nur die einseitige außergerichtliche Erklärung einer Eventualaufrechnung vorliegt. Auch hier trifft die Parallele der Einrede der Eventualzahlung zu. Wie aber der Definitivaufrechnungserklärung, so kann auch der Eventualaufrechnungserklärung des B ein Widerspruch von A nicht entgegengesetzt werden. Ist die Gegenforderung des B kompensabel, so wirkt die einseitige Erklärung des B, er wolle aufrechnen, der Art, daß sie den Anspruch des A auf Zahlung ausschließt. Also auch die außergerichtliche einseitige Erklärung einer Eventualaufrechnung giebt dem B eine Kompensationseinrede, für deren Wirksamkeit das Bestehen der Hauptforderung des A ein unerhebliches Moment ist.

Mit der während des Prozesses erklärten Definitiv- oder Eventualaufrechnung verhält es sich nicht anders.

Wenn die einseitige Erklärung, aufrechnen zu wollen, die Aufrechnung herbeiführt, so steht der Fall einer außerhalb des Prozesses erklärten Aufrechnung dem Falle einer während des Prozesses erklärten gleich. Nach der Klagerhebung kann der Beklagte seinen Aufrechnungswillen nicht etwa blos in einem seiner vorbereitenden Schriftsätze oder in der mündlichen Verhandlung, sondern er kann ihn seinem Gegner ebenso wirksam außerhalb des Gerichts mündlich oder schriftlich kund thun. Ob das Eine oder das Andere geschieht, ist für die Wirkung der Aufrechnung und für die Frage, ob die Kompensationseinrede begründet sei, dasselbe. Nur hat diejenige Kompensationseinrede, welche erst in einem Schriftsatze oder in einer mündlichen Verhandlung den Aufrechnungswillen erklärt, im Gegensatz zu anderen Einreden etwas Eigenthümliches. Das

[1]) Seite 66.

Eigenthümliche besteht darin, daß der Beklagte durch seine Erklärung, aufrechnen zu wollen, sich seine Einrede schafft. Bis zu dieser Erklärung hatte er zwar eine Kompensationsforderung, er hatte aber noch keine Kompensationseinrede. Er konnte sich diese Einrede vor dem Prozesse erwerben, wenn er bereits damals seinen Aufrechnungswillen dem Gegner kundthat; er konnte sich ebensogut den Erwerb der Einrede für seinen Schriftsatz oder für die mündliche Verhandlung aufsparen.[1])

Auch die Einrede der Eventualzahlung kann erst im Verhandlungstermin entstehen, nämlich dann, wenn in diesem Termine die Zahlung erfolgt. Das gehört gewiß zu den Seltenheiten. Nicht zu den Seltenheiten gehört es, daß der Beklagte seinen Aufrechnungswillen erst im Prozesse erklärt. Die Einrede der Eventualaufrechnung gründet sich vielmehr meist auf eine erst im Prozesse erfolgte Aufrechnung. Darin besteht ein Unterschied der Einrede der Eventualzahlung und der der Eventualaufrechnung. Der Unterschied ist rein thatsächlicher Natur; er äußert nicht den geringsten Einfluß auf die prozessuale Behandlung und die prozessuale Wirkung der beiden Einreden. Erfolgt die Erklärung des Aufrechnungswillens vor dem Prozeßgerichte, so erübrigt jede Beweisauflage über das durch diese Erklärung der Kompensationseinrede gegebene Fundament. Die Erklärung ist ja Angesichts des Richters erfolgt; wie sollte sie noch eines Beweises bedürfen? Für einen bezüglich der Kompensationseinrede vom Beklagten zu führenden Beweis bleibt nur dann Raum, wenn das Bestehen (d. h. die Entstehung) der Gegenforderung streitig ist. Sobald der Kläger die Gegenforderung zugiebt, ist auch das zweite Fundament der Kompensationseinrede festgestellt. Dies Zugeben erzeugt[2]) materiell dieselbe Sachlage, wie ein Kompensationsvertrag, ja es enthält die direkte Zustimmung zum Abschluß eines solchen Vertrags; es enthält die Annahme der gegnerischen Aufrechnungserklärung. Ein Kläger, der auf den vom Beklagten kundgegebenen Willen, eventuell aufzurechnen, nichts anderes zu erklären weiß, als er räume die Gegenforderung ein, erklärt damit, daß er wider die vom Beklagten als Modus der Tilgung des Klag=

[1]) Analog schafft der im Prozesse zedirende Beklagte sich erst mit dem Augenblicke der Zessionserklärung seine Einrede der Tilgung in dem oben Seite 142 gesetzten Beispiele.

[2]) Ebenso wie die Annahme einer Eventualzahlung. Siehe oben Seite 99 ff.

anspruchs (für den Fall der Existenz desselben) vorgeschlagene Aufrechnung nichts zu erinnern habe, er einigt sich also mit dem Beklagten dahin, daß aufgerechnet, d. h. daß nicht gezahlt werden solle. Damit ist vertragsmäßig der ursprünglich auf Zahlung gerichtete Anspruch des Klägers erledigt: negotium inter eos contractum est.[1]) Der Kläger kann gegen die Wirksamkeit dieses negotium sich nicht etwa darauf berufen, daß die Forderung, die er zu haben behauptet, vom Beklagten bestritten sei. Dies Bestreiten ist einflußlos für die Frage, ob die Klagforderung noch geltend gemacht werden kann. Es ist nur von Einfluß für die Frage, ob des Beklagten Gegenforderung getilgt oder nicht getilgt ist; und diese Frage hat mit der erhobenen Klage und deren für die Entscheidung allein maßgebenden Bitte nichts zu schaffen.

Auch von reinprozessualem Gesichtspunkte muß man zu demselben Resultate kommen. Wer die entgegengestellte Kompensationsforderung zugiebt, giebt damit zu, daß er nichts mehr zu fordern hat. Für die Wirkung dieses Geständnisses ist es einerlei, was überhaupt der Beklagte bezüglich der Klagforderung erklärt, es ist namentlich einerlei, ob er sie bestreitet oder zugiebt. Sobald aber ein Kläger im Prozesse zugiebt, nichts mehr zu fordern zu haben, ist der Prozeß bedingungslos erledigt, es muß Klagabweisung eintreten; für irgend ein Beweisverfahren ist kein Raum. Demgemäß ist ausgeschlossen, daß der Kläger seinen Anspruch auf Zahlung noch weiter verfolge. Wie der vor dem Prozesse eingegangene Kompensationsvertrag — mag es sich um eine Eventual- oder um eine Definitivaufrechnung handeln — oder wie überhaupt jedes replikalische Zugeständniß des Klägers, er habe vom Beklagten nichts mehr zu fordern — mag es sich um eine feststehende oder bestrittene Klagforderung handeln — ein für allemal die Klage auf Zahlung der Hauptforderung ausschließt, so verhält es sich auch mit dem im Prozesse erklärten Zugeständnisse der Gegenforderung, weil es materiell den Abschluß eines Kompensationsvertrages und prozessualisch ein Zugeständniß bedeutet, daß der Kläger nichts mehr zu fordern habe. Die Fortsetzung desjenigen Prozesses, mit welchem der Kläger nur Verurtheilung des Beklagten zur Zahlung erlangen kann und erlangen will, hat keinen Sinn mehr; die Streitfrage, die

---

[1]) Siehe oben Seite 106.

unter den Parteien darüber zu Tage getreten ist, ob dem Kläger die prätendirte Klagforderung je zugestanden hat, bleibt für diesen Prozeß zur Seite. Der in Zulassung einer Kompensationseinrede liegende Rechtsgedanke ist, daß ein Anspruch des Klägers auf Zahlung nicht gegeben sein soll, 1. wenn der Kläger seinerseits dem Beklagten zu zahlen hat und 2. wenn der Beklagte erklärt, seinerseits Zahlung nicht begehren, vielmehr stattdessen aufrechnen zu wollen. Also weil der Kläger selbst zu zahlen hat, darf er, sobald der Beklagte sich auf diese Zahlpflicht des Klägers beruft, nicht fordern. Es wäre mehr als sonderbar, wenn der Kläger erst mit seinem Forderungsanspruch zurückgewiesen werden könnte, nachdem er die Existenz dieses Anspruchs dargethan hätte. Besteht dieser Anspruch, so wird der Kläger abgewiesen, weil sein doloses Verhalten feststeht. Ist aber sein Verhalten nicht noch viel doloser, wenn er einen Forderungsanspruch nicht hat? Und nun sollte der Kläger (um dem Durchdringen der Kompensationseinrede des Beklagten die Wege zu ebnen, d. h. um dieser Einrede zur Begründung zu verhelfen) den Beweis seiner Forderungsberechtigung führen müssen? Der Kläger, von dem bereits feststeht, daß er nichts zu fordern hat, und daß er definitiv abgewiesen werden muß, sollte noch zu einer Beweisführung verbunden sein, damit er erführe, daß er dem Beklagten nichts zu zahlen habe, einem Beklagten, der überhaupt nichts gefordert, der vielmehr nur gegen die Klage sich vertheidigt hat? Der Kläger, der einräumt, nichts zu fordern zu haben, sollte daraus, daß der Beklagte die Entstehung der Klagforderung leugnet, ein Recht erwerben, die Fortsetzung des Prozesses und die Einleitung eines Beweisverfahrens über die Entstehung der Klagforderung zu erreichen?

Ein eigenthümlicherer prozessualischer Gedanke läßt sich kaum ausdenken, es wäre denn der Gedanke, daß der Beklagte etwa den Beweis der Existenz der Hauptforderung führen müsse, weil ohne diese Existenz eine Kompensationseinrede nicht begründet sei.

Die Sache liegt anders. Für die Einrede der Aufrechnung gilt derselbe Satz den wir oben[1]) für die Einrede der Zahlung entwickelt haben: die Erklärung einer Aufrechnung wirkt, wenn die Gegenforderung, mit welcher aufgerechnet werden soll, feststeht, auf

---

[1]) Seite 145.

das Schicksal einer ungeachtet der erklärten Aufrechnung auf Zahlung gerichteten Klage des Kompensaten vernichtend, mag die Aufrechnung in irrthümlicher Annahme des Bestehens der Hauptforderung oder mag die Aufrechnung mit Vorbehalt oder mag sie ohne Irrthum und ohne Vorbehalt erklärt sein. Wenn die Klagabweisung erfolgen muß, sofern die Hauptforderung besteht, so muß Kläger — bei der Eventualaufrechnung gerade wie bei der Eventualzahlung und der Eventualzession[1]) — erst recht abgewiesen werden, sofern die Hauptforderung nicht besteht; die Existenz der Hauptforderung ist also auch hier ein für das Schicksal der Klage unerhebliches Moment. Für jede Art der exceptio compensationis, mag sie sich stützen auf eine vertragsmäßige, auf eine außergerichtliche oder auf eine gerichtliche (im Prozesse erklärte) Kompensation, ist — wenn die Existenz der Hauptforderung noch dahin steht — der Beweis dieser Existenz überflüssig, soweit es sich um die Frage handelt, ob der Kompensant zur Zahlung zu verurtheilen ist oder nicht. Das Bestehen der Gegenforderung und das Berufen auf dieselbe, also die Bereiterklärung zur Aufrechnung für den Fall der Existenz der Hauptforderung genügt unter allen Umständen, den Zahlungsanspruch des Klägers A als nicht gegeben erscheinen zu lassen. Das ist es, was anscheinend schon Julianus in seinen Digesten mit den Worten auszudrücken beabsichtigte:

> Unusquisque creditorem suum eundemque debitorem petentem summovet, si paratus est compensare.

Was zwischen den beiden Parteien mit Rücksicht auf die streitig gewordene Frage, ob die Hauptforderung entstanden sei oder nicht, noch der Entscheidung harrt, ist etwas ganz Anderes als die Zahlungspflicht des B, welche den alleinigen Gegenstand dieses Rechtsstreits bildet. Unentschieden geblieben ist, ob die von B gewollte Aufrechnung definitiv sich vollzogen hat, d. h. ob dem B nach Erledigung des gegenwärtigen Rechtsstreits seine Gegenforderung noch verblieben, oder ob sie durch die angebliche Forderung des A zufolge des von B eventuell erklärten Aufrechnungswillens getilgt ist. Diese Frage kann innerhalb des gegenwärtigen Prozesses, wenn dessen Verlauf nach den geltenden Prozeßgesetzen dazu Anlaß giebt, sie muß aber nicht innerhalb des gegenwärtigen Prozesses zum

---

[1]) Siehe oben Seite 142.

Austrag kommen. Denn, wie die oben[1]) mitgetheilte Plenarentscheidung des Reichsgerichts bestätigt:

> wer im Prozesse eine Eventualaufrechnung vornimmt, „macht damit nicht einen möglicherweise in einem besonderen Prozesse zu erledigenden Anspruch auf Aufrechnung oder gar auf Verurtheilung zur Zahlung, sondern er macht nur ein Vertheidigungsmittel geltend“.

Nimmt gleichwohl der Prozeß einen Gang, daß in demselben eine Feststellung der Existenz der Klagforderung erfolgt, so hat demgemäß auch ein Ausspruch über den Vollzug oder Nichtvollzug einer Definitivaufrechnung zu ergehen.[2]) Nimmt hingegen der Prozeß dahin seinen Gang, daß die Nothwendigkeit der Klagabweisung auf Grund der Eventualaufrechnung bereits feststeht, ehe die Frage zur Entscheidung reif ist, ob die Klagforderung begründet ist, und ob deshalb die Eventualaufrechnung zur Definitivaufrechnung wird, so ist die Klagabweisung nicht durch eine Beweisverhandlung über die Bedingung der Klagforderung aufzuhalten.

Es gilt also auch hier dasselbe, was von der Einrede der Eventualzahlung zu sagen war.[3])

Nur insofern tritt die Entscheidung, welche in einem auf Verurtheilung zur Zahlung gerichteten Prozeß über die Einrede der Eventualzahlung und über die Einrede der Eventualaufrechnung ergeht, in einen merkbaren Gegensatz, als sehr mit Recht[4]) die Entscheidungsgründe, welche den Grund oder Ungrund des bei der Zahlung gemachten Vorbehalts feststellen, nicht in Rechtskraft übergehen, während für die Entscheidungsgründe betreffs des bei einer Aufrechnung gemachten Vorbehalts ausnahmsweise die Rechtskraft eintritt.[5])

Die Mittel, welche den Parteien durch das Prozeßrecht gegeben sind, um bei streitiger Klag-, aber unstreitiger Gegenforderung die Entscheidung der Frage nach dem Grund oder Ungrund des bei der Eventualaufrechnung gestellten Vorbehalts in dem Prozesse der Hauptforderung sicher herbeizuführen, sind dieselben, welche wir bei der Eventualzahlung kennen lernten: die Feststellungs- und die Widerklage.

---

1) Seite 95.

2) Vergl. oben Seite 33.

3) Siehe oben Seite 97 ff.

4) Siehe oben Seite 70.

5) Siehe oben Seite 69 ff.

Mit der Erklärung des Klägers nämlich, er räume ein, daß dem Beklagten eine kompensable, die Klagforderung deckende Gegenforderung zustehe, ist eine Veränderung des ursprünglich geforderten Gegenstandes eingetreten. Der Anspruch auf Zahlung ist erledigt und umgewandelt in den Anspruch, die durch Aufrechnung erfolgte Tilgung der Gegenforderung, d. h. das Nicht(mehr)bestehen derselben festgestellt zu sehen. Wie in Fällen der Eventualzahlung[1]) beruht auch dieser veränderte Gegenstand und der bisher erhobene Anspruch auf demselben Klaggrunde, nämlich auf der Existenz der Hauptforderung und auf der Weigerung, sie durch Zahlung zu tilgen.

Es wird sich demnächst zeigen, daß vom Oberappellationsgericht Rostock und von Dernburg die Meinung vertreten worden ist, in jeder Klage auf Zahlung liege ohne Weiteres auch die Bitte, der Beklagte möge, wenn nicht durch Zahlung, die Klagforderung durch Aufrechnung einer etwaigen Gegenforderung tilgen.[2]) Obgleich diese Meinung sich als nicht haltbar erweist,[3]) so stützt sie doch wesentlich den Satz, daß der Anspruch auf Zahlung und der Anspruch auf kompensationsweise Tilgung ein dem Klaggrunde nach identischer Anspruch ist. Um mit der Klage auf Zahlung die kompensationsweise Tilgung der Gegenforderung gerichtlich festgestellt zu sehen, ist zu verlangen, daß der Kläger seine auf Verurtheilung zur Zahlung gerichtete Bitte umändert in eine Bitte, das Gericht möge die erfolgte Tilgung der Gegenforderung aussprechen.[4]) Wie bei der unstreitigen Einrede geleisteter Eventualzahlung könnte auch hier nur ein bedenklicher Formalismus dahin gelangen, diese Umänderung der Klage aus einer Leistungsklage in die der veränderten Sachlage entsprechende negative Feststellungsklage als nicht unter den § 240 Nr. 3 C.P.O. fallend zu bezeichnen, weil der Anspruch auf Zahlung der Hauptforderung das Bestehen der Hauptforderung und weil der Anspruch auf Feststellung der Tilgung der Gegenforderung

[1]) Siehe oben Seite 121. 129.

[2]) Siehe unten §§ 16. 17.

[3]) Auch hier, wie beim Verhältniß der Leistungs- zur Feststellungsklage gilt der z. B. von Wach, Feststellungsanspruch (1889) Seite 43, 44 ausgesprochene Satz: „Der Antrag auf Verurtheilung schließt nicht in sich den Antrag auf Feststellung".

[4]) Vergl. K. Mayer Seite 31: „Unter Umständen kann auf Grund des § 231 C.P.O. in Erweiterung des Klagantrags nach § 240 2 C.P.O. oder widerklagend eine Feststellung begehrt werden".

das Nichtbestehen der Gegenforderung zum Klaggrund habe, es sich also um zwei verschiedene Klaggründe handle. Ueberdies läßt sich, entsprechend dem bei der Eventualzahlung Gesagten,[1]) jedes etwaige Bedenken beseitigen, wenn man an die Stelle der negativen Feststellungsklage die *positive* Feststellungsklage mit dem Antrage setzt, festzustellen, daß die Klagforderung *entstanden gewesen sei*.

Nachdem ein Kläger erfahren hat, daß sein Gegner eine Eventualaufrechnung vornimmt, um die auf Zahlung gerichtete Klagbitte zu beseitigen, kann er (an Stelle seiner durch die Kompensationseinrede des B erledigten, auf *Zahlung* gerichteten Klagbitte) die Klagbitte nunmehr *auf Feststellung des Nicht(mehr)bestehens der B'schen Gegenforderung* oder auf Feststellung des Entstandenseins der Hauptforderung richten. Das ist der Weg, wenn der Kläger die Absicht hat, in *diesem* Prozesse zur Entscheidung zu bringen, ob er einen Anspruch seines Gegners auf Zahlung der unstreitigen Gegenforderung noch zu fürchten habe. Und beabsichtigt der Beklagte, darüber ins Klare zu kommen, ob seine Gegenforderung durch die von ihm erklärte Eventualaufrechnung erloschen sei, so muß er an seine Kompensationseinrede eine Widerklage anschließen mit der Bitte, den Widerbeklagten zur Zahlung der Gegenforderung zu verurtheilen. Wiederum gilt hier genau das Nämliche bei der Eventualaufrechnung wie bei der Eventualzahlung. Das Prozeßrecht giebt also auch hier den Parteien die Mittel der Feststellungsklage und der Widerklage, um ihre Streitfrage über das Bestehen der Hauptforderung innerhalb des vom Gegner zunächst anhängig gemachten Prozesses zum Austrage zu bringen.

Sollte die Gegenforderung, was schließlich noch der Erwähnung bedarf, nur zu einem Theile unstreitig sein, so muß über die Höhe der Gegenforderung Beweis erhoben werden neben dem Beweise über die streitige Hauptforderung. Das Verfahren ist dasselbe wie in Fällen, in denen die ganze Gegenforderung streitig ist. Es kann nicht etwa davon die Rede sein, die Existenz der Hauptforderung, soweit ihr der unstreitige Theil der Gegenforderung entgegensteht, dahingestellt bleiben zu lassen. Denn, sobald über einen Theil der Gegenforderung Beweis erhoben werden muß, um eine endliche Entscheidung zu ermöglichen, ist eben vor Erledigung dieser Beweis-

---

[1]) Siehe oben Seite 120.

aufnahme die Sache überhaupt noch nicht reif zur Entscheidung; in dem Augenblicke, in welchem diese Entscheidung ergehen kann, ist aber ein alsbaldiger Ausspruch über die Existenz der Hauptforderung in ihrem ganzen Bestande möglich.

Das in diesem Abschnitte über die Eventualaufrechnung gefundene Resultat deckt sich nach allem Gesagten so sehr mit dem Ergebniß des vorigen Abschnittes über die Eventualzahlung, daß in den am Schlusse des letzteren[1]) formulirten Sätzen nur das Wort Eventualaufrechnung an Stelle des Wortes Eventualzahlung zu treten hat. Sie lauten dann:

Eine im Prozesse festgestellte Eventualaufrechnung gewährt bei streitiger Klagforderung eine alsbald durchgreifende Einrede. Es ist rechtsirrthümlich, daraus, daß jede Aufrechnung eine existente Haupt- und Gegenforderung voraussetze, zu schließen, erst wenn die Klagforderung zugestanden oder bewiesen sei, könne die auf eine Eventualaufrechnung gestützte liquide Einrede in Betracht kommen. Die auf Zahlung gerichtete Klage ist erledigt, sobald sich ergiebt, daß der Kläger durch die Aufrechnungserklärung des Beklagten, wenn auch nur eventuell, bereits die Verfügung über den Betrag erlangt hat, dessen Zahlung die Klage begehrt. Aber die Klagabweisung kann der Kläger vermeiden, wenn er die auf Zahlung gerichtete Bitte nach Feststellung der zur Eventualaufrechnung verwendeten Gegenforderung in die Bitte umändert, das Nicht(mehr)-bestehen der vom Beklagten behaupteten Gegenforderung festzustellen. Das Gericht legt dann dem Kläger den Beweis der Klagforderung auf, je nach dem Gelingen oder Mißlingen dieses Beweises wird klaggemäß oder klagabweisend erkannt.

Bei streitiger Klagforderung und unstreitiger Eventualaufrechnung ist demnach ohne Beweiserhebung auf Klagabweisung zu erkennen, sofern nicht eine Aenderung der auf Zahlung gerichteten Klage oder die Erhebung einer Widerklage erfolgt.

Man könnte versucht sein, aus dem bereits oben[2]) berührten Satze des B.G.B., die Erklärung der Aufrechnung sei unwirksam, wenn sie unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung abgegeben

---

[1]) Seite 135.

[2]) Seite 139.

werde,[1]) herzuleiten, daß das B.G.B. dem aufgestellten Satze entgegentreten wolle. Dem ist nicht so.

Zunächst bezieht sich das Verbot des § 388 nur auf die bedingte und die betagte einseitige, nicht auf die bedingte und betagte vertragsmäßige Aufrechnung; denn nur die einseitige Aufrechnung will das B.G.B. in seinem dritten Titel dritten Abschnittes zweiten Buches behandeln.[2]) Vertragsmäßig können also die Parteien sowohl bedingt als betagt aufrechnen. Eine vom Gegner zugestandene Einrede der Eventual- wie der Definitivaufrechnung stellt aber stets eine vertragsmäßige Aufrechnung dar;[3]) der § 388 B.G.B. berührt sie also überhaupt nicht.

Außerdem will der § 388 nur eine „bedingte" Aufrechnung im engeren Sinne des Wortes verbieten; die Eventualaufrechnung dagegen will er zulassen, wie die oben[4]) bereits mitgetheilten Motive ausdrücklich besagen. Unwirksam sein soll also nur diejenige bedingte Aufrechnung, welche einseitig unter einer anderen Bedingung als der der demnächstigen Feststellung der Hauptforderung erklärt wird. Widerspricht der Kompensat einer solchen Aufrechnung, so zerfällt sie; nur wenn sich der Kompensat auf sie einläßt, erlangt sie (als vertragsmäßige Aufrechnung) eine rechtliche Bedeutung. Man kann zugeben, daß ein Verbot dieser Art bedingter Aufrechnung etwas für sich hat; es besteht kein Verkehrsbedürfniß, Aufrechnungserklärungen als rechtswirksam zuzulassen, die etwa unter der Bedingung abgegeben sind, daß der Kompensant innerhalb vierzehn Tagen die Gegenforderung nicht anderweit verwende, oder gar etwa unter der Bedingung, daß es innerhalb vierzehn Tagen nicht regne. Es wird kaum nachweisbar sein, daß je ein solches Rechtsgeschäft praktisch geworden und zu richterlicher Entscheidung gekommen sei. Darum braucht sich auch der Gesetzgeber nicht mit ihm zu beschäftigen. Uebrigens ist ohne jede gesetzliche Bestimmung von selbst klar, daß eine bedingte Aufrechnung vor eingetretener Bedingung keine Einrede giebt; denn Niemand kann sich, wie oben bereits ausgeführt,[5]) gegen einen fälligen Klaganspruch damit vertheidigen, daß vielleicht demnächst

[1]) § 388 B.G.B. Schlußsatz.

[2]) Vergl. Protokolle 2. Lesung.

[3]) Siehe oben Seite 153.

[4]) Seite 139.

[5]) Siehe oben Seite 141.

ein Umstand eintreten werde, der den Klaganspruch tilgt; eine solche Kompensationseinrede ist unter allen Umständen als unbegründet zu verwerfen. Hat sich aber, ehe die Kompensationseinrede vorgeschützt wird, die bedingte Aufrechnung durch Eintritt der Bedingung in eine unbedingte verwandelt, so besteht wiederum kein Bedürfniß, einer solchen Aufrechnung die rechtliche Wirksamkeit zu versagen, weil sie ursprünglich nur bedingt erklärt war. Weshalb soll sie z. B. — bei defizirter Bedingung — nicht mindestens insofern wirksam sein, als sie eine zweifellose und unbedingte Anerkennung der Hauptforderung enthält? Und ist nicht der Kompensat, wenn ihm die bedingt erklärte Aufrechnung seines Gegners unbequem erscheint, seinerseits jeden Augenblick in der Lage, unbedingt die Aufrechnung zu erklären, so daß dadurch dem ihm etwa nicht zusagenden, vom Gegner geschaffenen Schwebezustand ein Ende bereitet wird?

Kein anderes Gesetzbuch als das B.G.B. enthält denn auch ein Verbot der bedingten einseitigen Aufrechnung. Dasselbe rührt her aus dem ersten Entwurfe. Laut der Protokolle erster Lesung[1]) ist auf einen Antrag, den Satz zu streichen, die Entscheidung, ob er nicht „wegen Selbstverständlichkeit" entbehrlich sei, der Redaktionskommission überlassen worden. Dabei ist offensichtlich nur an diejenige Kompensationseinrede gedacht, welche sich während schwebender Bedingung auf eine bedingt erklärte Aufrechnung stützt,[2]) nicht an die Einrede, die sich auf eine bedingt erklärte Aufrechnung nach eingetretener Bedingung stützt. Nur in ersterer Beziehung ist nach dem bisherigen Rechte die bedingt erklärte Aufrechnung „selbstverständlich" unwirksam, in letzterer Beziehung aber ebenso „selbstverständlich" wirksam.

Die Redaktionskommission der ersten Lesung hat das Verbot nicht gestrichen; sie hat also damit bezweckt, aus rein redaktionellen Gründen etwas zum Ausdruck zu bringen, was ihr und ihren Auftraggebern „selbstverständlich" war, d. h. sie hat den Satz in das Gesetz aufnehmen wollen: auf eine bedingt erklärte Aufrechnung kann, da sie während schwebender Bedingung nicht als Tilgung der Hauptforderung wirkt, eine Kompensationseinrede nicht gestützt werden.

Bei der zweiten Lesung beabsichtigte eine Minderheit den Schlußsatz des § 388 zu streichen. Die Mehrheit ließ sich für ihren gegentheiligen

[1]) Seite 1410.

[2]) Siehe oben Seite 139 ff.

Standpunkt, wie das Protokoll besagt, durch die Erwägung bestimmen, „unter allen Umständen müsse das Interesse, welches der andere Theil daran habe, nicht durch eine bedingte Aufrechnung nach dem Belieben des Aufrechnenden gebunden zu sein, für das Ueberwiegende erachtet werden“. Hiernach legte die Mehrheit der zweiten Kommission dem Schlußsatze des § 388 eine andere Bedeutung bei als die erste Kommission: nicht etwas Selbstverständliches sollte jener Satz aussprechen, sondern etwas Neues, und zwar im Interesse des Kompensaten. Kann aber in der That der Kompensat benachtheiligt werden durch die Zulassung einer bedingt erklärten Aufrechnung, soweit diese Aufrechnung nicht „selbstverständlich“ nach dem bereits bestehenden Rechte unwirksam ist? Das dürfte zu bezweifeln sein. Die bedingt erklärte Aufrechnung ist, wie bereits hervorgehoben, der Kompensat jeden Augenblick in der Lage, dadurch zu beseitigen, daß er seinerseits die Aufrechnung unbedingt erklärt; er ist auch weiter in der Lage, ungeachtet schwebender Bedingung seine Forderung gegen den Kompensanten einzuklagen, ohne daß diesem etwa die bedingt erklärte Aufrechnung eine Einrede gewährt. Die Mehrheit der Kommission scheint von dem Gedanken geleitet gewesen zu sein, wenn eine bedingte Aufrechnung nicht für unwirksam erklärt werde, so liege z. B. nach §§ 160, 162 B.G.B. auch dem Kompensaten die Verpflichtung ob, bei Meidung des Schadensersatzes das von der Bedingung abhängige Recht während des Schwebezustandes nicht zu vereiteln, oder bei Meidung der Fiktion des Eintritts bzw. Nichteintritts der Bedingung den Eintritt wider Treu und Glauben nicht zu verhindern bzw. herbeizuführen. Fälle, in denen durch eine derartige Verpflichtung dem Kompensaten Nachtheil erwachsen könnte, werden schwerlich nachweisbar und schwerlich konstruirbar sein. So wenig innerhalb der Rechtsgebiete, welche längst die Aufrechnung durch einseitige Erklärung als vollzogen ansahen, je ein Bedürfniß hervorgetreten ist, über die bedingte Aufrechnung einen Ausspruch herbeizuführen oder gesetzgeberisch sie zu verbieten, so wenig wird ein Bedürfniß dazu unter der Herrschaft des B.G.B. hervortreten. Ein solches Verbot konnte daher entbehrt werden. In der Fassung, in der es gegeben ist, birgt es die Gefahr bedenklichen Mißverständnisses in sich[1]): die einzige „bedingte“ Auf-

[1]) Vergl. oben Seite 140.

rechnung, die im Rechtsleben vorkommt, die Eventualaufrechnung, will das B.G.B. zulassen, ohne es zu sagen, die anderen bedingten Aufrechnungen, die unpraktisch sind, und die „selbstverständlich" unwirksam sind, will das B.G.B. für rechtsunwirksam erklären.

Weiter aber giebt der mehrgedachte Schlußsatz zu dem Zweifel Anlaß, wie sich das B.GB. die Wirkung und die prozessualische Behandlung der Eventualaufrechnung denkt, und dies ist für unsere Untersuchung der wichtigste Punkt. Man könnte glauben, wenn ganz allgemein die „bedingte" Erklärung einer Aufrechnung „unwirksam" genannt wird, so solle nicht blos diejenige Aufrechnung unwirksam sein, welche ein Kompensant für den Fall ausspricht, daß die Klagforderung sich als bestehend erweise, sondern auch diejenige, welche ein Gericht bei illiquider Klage, aber liquider Gegenforderung dahin feststellt, daß die Klagforderung, sofern sie bestehe, durch Aufrechnung getilgt sei; denn das sei nichts Anderes als eine bedingt erklärte, also unwirksame Aufrechnung. Wäre dies richtig, dann müßte nicht etwa daraus gefolgert werden, das B.G.B. stehe auf dem Standpunkte, daß im Falle illiquider Klage und liquider Gegenforderung über die Existenz der Klagforderung Beweis zu erheben sei, sondern es müßte gefolgert werden, das B.G.B. wolle überhaupt jede Einrede der Eventualaufrechnung als unbegründet verworfen wissen; denn fällt die Eventualaufrechnung im Sinne des B.G.B. unter den Begriff der „bedingt" erklärten Aufrechnung, so ist bereits die im Vorschützen der Einrede einer Eventualaufrechnung liegende Erklärung der Aufrechnung „unwirksam" und demgemäß nicht im Stande, überhaupt einem weiteren prozessualischen Verfahren als Grundlage zu dienen.

Der § 388 berührt hiernach in keiner Weise die Fragen, ob im Prozesse unter dem Vorbehalt der Entscheidung über das Bestehen der Klagforderung aufgerechnet werden könne, und wie in solchem Falle der Eventualaufrechnung zu verfahren sei, wenn der Kläger die Gegenforderung anerkennt.[1])

---

[1]) Auch aus sonstigen Vorschriften des B.G.B. über die Aufrechnung ist nichts gegen, sondern eher manches für die von uns vertheidigte Auffassung der Aufrechnung zu folgern: nach § 396 steht dem Kompensaten, wenn es sich um mehrere zur Aufrechnung geeignete Forderungen des einen Theils handelt, ein Recht unverzüglichen Widerspruchs gegen die Bestimmung des Kompensanten zu, welche beiden Forderungen aufgerechnet sein sollen. Bei nicht erfolgendem Wider=

§ 16. Standpunkt der Theorie.

Nur wenige Stimmen sind es, welche sich in der Theorie über die erörterten Fragen, namentlich über das Verfahren bei illiquider Haupt- und liquider Gegenforderung ausgesprochen haben. Insofern herrscht Einigkeit unter diesen Stimmen, als sie gemeinsam eine Beweisauflage über die Klagforderung für erforderlich erklären, wenn der Beklagte eine Gegenforderung einredeweise vorschützt und der Kläger die Gegenforderung zugiebt. Deshalb kann aber keineswegs etwa eine communis opinio in diesem Punkte als bestehend anerkannt werden; denn in der Begründung weichen die Meinungen sehr von einander ab. Darin liegt der beste Beleg, daß die Frage wissenschaftlich noch nicht geklärt ist. Und findet sich bei Prüfung der einzelnen in's Feld geführten Gründe, daß jedem von ihnen erhebliche Bedenken entgegenstehen, so liegt darin eine nicht zu unterschätzende Bestärkung der Meinung, daß ein anderer Ausweg gesucht werden muß, als derjenige, welchen jene Stimmen befürworten.

Hören wir die bekanntesten der laut gewordenen Stimmen, und prüfen wir die von ihnen vorgebrachten Gründe.

Von älteren Prozessualisten sprechen Gensler (1820)[1]) und Martin (1826)[2]) aus, daß auf Grund unstreitiger Kompensationseinrede erst nach erhobenem Beweise über die Klagforderung endlich zu erkennen sei.

Gensler stellt zwar allgemein den Satz auf, der Kläger sei sofort zurückzuweisen, wenn der direkte Gegenbeweis so vollkommen ge-

spruch wird also eine Einigung der Parteien angenommen: sicher liegt demgemäß eine gleiche Einigung im Sinne des B.G.B. vor, wenn der Kompensat die vom Gegner vorgeschützte Komp.Einrede zugesteht (negotium inter eos contractum; siehe oben Seite 154). Nach §§ 209, 215 wird durch eine im Prozesse (d. h. in der mündlichen Verhandlung) geltendgemachte Aufrechnung die Klagverjährung bis zu rechtskräftig entschiedener oder sonst erledigter Sache unterbrochen: das beweist, daß im Sinne des B.G.B. die einredliche Geltendmachung einer Gegenforderung nicht etwa ohne Weiteres eine Widerklagerhebung enthält (siehe oben Seite 58. 88 ff.). Nach § 770 kann der Bürge Zahlung verweigern, so lange sich der Gläubiger durch Aufrechnung zu befriedigen in der Lage ist, und nach § 1224 kann der Verpfänder den Pfandgläubiger durch Aufrechnung befriedigen; d. h. Bürgen und Pfänder bedarf derjenige nicht mehr zu seiner Sicherheit, der in dem von ihm selbst geschuldeten Gelde das beste Deckungsmittel besitzt (siehe oben Seite 5. 137).

[1]) Archiv f. d. civ. Pr. Bd. 1 Seite 278, 279.

[2]) Lehrbuch des gem. deutschen bürg. Prozesses 9. Aufl. § 176.

lungen sei, daß dadurch der Hauptbeweis entkräftet würde; dann aber lehrt er:

„Ist der antizipirte indirekte Gegenbeweis vollkommen und dessen faktische Grundlage eine solche Behauptung, aus deren Wahrheit auch ein eigenes Klagrecht für den Beweisführer entspringt (z. B. der verneinten Darlehnsklage setzt der Beklagte exc. compensationis entgegen . . .), so muß es dabei bleiben, daß seinem angreifenden Gegner vorerst der Hauptbeweis auferlegt wird, damit nicht jenes Klagrecht sich auflöse durch den Gebrauch als Einrede, deren Wirkung doch nur auf den Fall der Wahrheit und des Beweises des gegnerischen juris agendi berechnet ist."

Hier ist zunächst von Interesse, daß Gensler die Kompensationseinrede nicht als einzige Ausnahme seiner Regel hinstellt, sondern daß er alle Einreden, die auch im Wege der Klage geltend gemacht werden könnten, der Kompensationseinrede gleich behandelt wissen will.

Der Gedanke Gensler's findet sich später bei von Bayer[1]) (1856) wieder, der ebenfalls bei Behandlung des unvollständig gelieferten Haupt- und vollständig gelieferten Gegenbeweises zwar den allgemeinen Satz lehrt, daß in diesem Falle ohne Weiteres gegen den Hauptbeweisführer zu erkennen sei, der aber eine allgemeine Ausnahme dann behauptet, wenn das der Klage zu Grunde liegende Recht, „wie z. B. bei der Kompensationseinrede", auch mit einer selbständigen Klage verfolgt werden könnte. Hier sei bei unvollständigem Klagbeweis der Beklagte berechtigt darauf zu bestehen, daß zunächst auf den entsprechenden nothwendigen Eid erkannt werde, weil auf die Art vielleicht die Abweisung der Klage bewirkt werde, ohne daß dazu die bewiesene Einrede verbraucht werden müsse, wodurch dem Beklagten die Möglichkeit entzogen würde, seinen Gegenanspruch noch durch Klage geltend zu machen.

In dieser Auffassung stimmt den beiden Autoren keiner seiner Nachfolger zu. Die Einreden, welche zugleich im Klagwege geltend gemacht werden können, sollen nach Gensler deshalb besonders geartet sein, „weil sich jenes Klagrecht durch den Gebrauch als Einrede auflöse." Welche Einreden das sein sollen, bleibt ungesagt; die Kompensationseinrede wird nur als Beispiel genannt. Aber auch bei ihr trifft der angegebene Grund nicht zu; denn das Erkenntniß, welches

---

[1]) Vorträge über den gem. deutsch. Civilprozeß 8. Aufl. Seite 998, 999.

die Kompensationsforderung als begründet anerkennt und zugleich ausspricht, darauf, ob die Klagforderung begründet oder unbegründet sei, komme es in diesem Prozeß nicht an, löst keineswegs das Klagrecht aus der Kompensationsforderung auf, sondern giebt im Gegentheil diesem Klagrecht eine judikatmäßige Grundlage.[1]) Der von Bayer angeführte, wesentlich abweichende Grund: der Beklagte sei berechtigt, „darauf zu bestehen, daß zunächst der Klagbeweis geführt werde, weil ihm sonst die Möglichkeit entzogen würde, seine Gegenforderung noch geltend zu machen," ist hinfällig, weil die Prozeßgesetze nicht erlauben, „zunächst" auf einen Eid über die Klagforderung zu erkennen,[2]) und weil ein Erkenntniß, das die Existenz der Klagforderung dahingestellt sein läßt, einer späteren Einklagung der Gegenforderung nicht im Wege steht.[3])

Martin begnügt sich damit auszusprechen, daß zerstörliche Einreden, sofern sie außer Zweifel, den Beweis der Klage „öfters" vergeblich und ein entscheidendes Erkenntniß nöthig machen; dies sei aber bei klagbaren Gegenforderungen, welche als Einrede vorgebracht sind, nicht der Fall. Da hier für den letzteren Satz, der nur eine Wiederholung dessen ist, was Gensler sagt, jede Begründung fehlt, darf er auf sich beruhen.

In Wetzell's System des ordentlichen Civilprozesses[4]) lesen wir:

„Es wird . . . der Beweis der Klagthatsachen durch das Geständniß einer Einrede . . . unnöthig gemacht. Nur in zwei Fällen verhält sich das anders. Nämlich a) wenn dem zugestandenen Gegenangriff ein neuer Gegenangriff opponirt worden ist, sollte dieser gleich selbst wieder eingeräumt sein . . . b) . . . bei der Kompensationseinrede, weil die absolutorische Sentenz eine verschiedene Wirkung hat, je nachdem sie auf Grund der Gegenforderung oder in Folge des Mißlingens des Klagbeweises ergeht. . . . Die Freisprechung des Verklagten oder, was dasselbe ist, die Abweisung der Klage erfolgt . . ., falls eine Einrede liquid gestellt ist. . . . Ein Schlimmeres . . . als die Verwerfung der Klagbitte kann dem Kläger nicht begegnen. Den Kläger verurtheilen, hieße den Verklagten ohne entsprechende Klagbitte als Kläger behandeln, und

[1]) Siehe oben Seite 82.
[2]) Siehe Seite 30 und § 17 gegen Ende, auch Beilageheft unter XI. XII.
[3]) Siehe oben Seite 82 ff.
[4]) 3. Aufl. 1878 Seite 178 (§ 29); Seite 552 (§ 46).

darin läge eine Ueberschreitung des Verhandlungsprinzips. Ist daher einer persönlichen Klage die Kompensationseinrede entgegengesetzt worden, und der Beweis der Klage mißlungen, der der Gegenforderung aber gelungen, so wird der Kläger doch nur abgewiesen."

Der Grund, auf den sich Wetzell für die Sonderstellung der Kompensationseinrede beruft, ist hiernach ausschließlich die „verschiedene Wirkung" der Klagabweisung, je nachdem sie auf Grund der Gegenforderung oder auf Grund mißlungenen Klagbeweises eintritt. Gewiß besteht diese verschiedene Wirkung, aber es ist nicht abzusehen, wie aus ihr die Nothwendigkeit einer besonderen Behandlung der Kompensationseinrede folgen soll. Es bedurfte des Beweises, daß die eine oder die andere dieser Wirkungen beim Ausspruche einer Klagabweisung zum Ausdruck kommen muß, mit anderen Worten, daß eine Klagabweisung, welche sich darauf stützt, daß das Nichtbestehen der Klagforderung nach den Verhandlungen festgestellt sei, möge die Klagforderung niemals bestanden haben oder gegenwärtig nicht mehr bestehen, prozessualisch unstatthaft sei. Ohne solche alternativ begründete Klagabweisungen ist, wie wir sehen, im Rechtsverkehr nicht auszukommen.[1]) Die Wirkung einer derartigen Klagabweisung ist die, daß die Entscheidung über das Entstandensein der Hauptforderung dahin gestellt bleibt, daß aber der aus dieser Hauptforderung erhobene Anspruch definitiv abgewiesen wird. Darauf, daß der Richter sich über das Entstandensein der Klagforderung ausspreche, hat weder der Kläger noch der Beklagte ein Recht, da sie nur darüber prozessiren, ob der Beklagte dem Kläger aus der Klagforderung gegenwärtig schulde. Indem Wetzell anerkennt, daß der Kläger „doch nur abgewiesen werde", mag der Klagbeweis gelingen oder mißlingen, liefert er selbst den besten Beleg dafür, daß die Beweiserhebung unnöthig ist. Ueber die Gründe der Abweisung ist nicht etwa eine Beweisverhandlung einzuleiten, wenn das Endresultat — die Abweisung — bereits feststeht.[2]) Dabei übersieht Wetzell, daß auch noch eine dritte Art der Klagabweisung möglich ist: die der Abweisung auf Grund einer Eventualaufrechnung, wobei die Entstehung der Klagforderung dahin gestellt bleibt. Ist eine dieser drei Möglichkeiten der Klagabweisung gegeben, so hat die Klagabweisung zu erfolgen in dem Momente, in welchem die Möglichkeit

[1]) Vergl. oben Seite 31. 32.

[2]) Siehe oben Seite 19.

vorliegt. Dieser Moment tritt im Fragefalle ein, sobald der Kläger die Gegenforderung einräumt. Nun noch eine der anderen Möglichkeiten mittels Beweisverfahrens herbeizuführen, hat Angesichts des § 272 C.P.O. der Richter keine Berechtigung. Niemals darf den Richter die Rücksicht, daß er zufolge der Beweiserhebung eine materiell weiter greifende Entscheidung erziele als ohne die Beweiserhebung, zu einer Beweisauflage bestimmen.

Auch nach Schwanert[1] (1870) „genügt, bekanntlich' zur Abweisung der Klage, gegen welche die Kompensationseinrede vorgebracht worden, nicht schon, daß die Gegenforderung des Beklagten feststeht, sondern es muß auch die Gegenforderung des Klägers festgestellt sein und, wenn sie bestritten, zum Beweise gestellt werden". Der Grund soll darin liegen, daß die Kompensation ohne Existenz einer Hauptforderung begrifflich unmöglich sei. Dabei wird weiter ausgeführt: „Das, wogegen die Kompensationseinrede sich richtet, ist nicht der Anspruch des Klägers überhaupt, sondern der Anspruch auf Baarzahlung. Beklagter realisirt durch das Vorbringen der Einrede, die ihm vermöge der Kompensabilität der Forderungen zustehende Befugniß, den Kläger statt durch Baarzahlung durch Aufrechnung zu befriedigen. Er offerirt das Fallenlassen seines Anspruchs gegen den klägerischen, wenn dieser begründet ist. Hält Kläger trotzdem seine Forderung auf Baarzahlung fest, weil er die Gegenforderung bestreitet oder doch zur Kompensation nicht für geeignet erachtet, so wird die Giltigkeit und Rechtsgenüglichkeit dieses Angebots, ebenso wie sonst das Baarzahlungsangebot, in demselben Prozeß zur Kognition gezogen und dann durch das Urtheil über beide Forderungen entschieden entweder dahin, daß beide als aufgehoben gelten — und zwar durch Befriedigung beider Gläubiger — oder durch Verwerfung der Tauglichkeit desselben zur Kompensation, was dann die Verurtheilung des Beklagten in diesem Prozesse zur Folge haben muß."

Hierin ist zunächst nicht zutreffend, daß die Eventualaufrechnung ein bloßes Angebot des Beklagten genannt und daß sie in Folge dessen dem Angebot einer Realzahlung gleichgestellt wird. Die Eventualaufrechnung ist mehr als ein Angebot; sie bedarf keiner Annahme seitens des Gegners, ist also etwas ganz Anderes als eine Real=

[1]) Die Kompensation nach röm. Recht. Rostock. Seite 64, 65.

offerte. Sie ist geradeso Vollziehung der Tilgung der Hauptforderung, wie die Eventualzahlung Vollziehung dieser Tilgung ist, dort wie hier unter der begrifflichen Voraussetzung des Bestehens einer zu tilgenden Forderung. Enthielte aber in der That die Erklärung einer Eventualaufrechnung nur eine Offerte, so fehlte es in Fällen, in denen der Gegner die Gegenforderung anerkennt, auch nicht an der vermeintlich erforderlichen Annahme: die zugestandene Eventualaufrechnung steht in ihrer Wirkung der angenommenen Eventualzahlung gleich; was könnte auch das Bestreiten der Hauptforderung durch den Beklagten mit der vom Kläger abhängigen Annahme der Eventualaufrechnung zu schaffen haben? Auf die Erörterung jener allein in Betracht kommenden Fälle, wenn Kläger bei seinem Anspruch auf Baarzahlung beharrt, obwohl er die Gegenforderung als richtig und kompensabel anerkennt, geht aber Schwanert überhaupt nicht ein. In Konsequenz der Auffassung, daß es sich lediglich um einen Anspruch auf Baarzahlung handle, mußte Schwanert diesen Anspruch auch durch die nur bedingt vorgebrachte Kompensation für nicht mehr bestehend erklären.[1]) Was er an Argumenten vorbringt, beschränkt sich auf den Fall, daß die thatsächliche Grundlage oder die Kompensabilität der Gegenforderung streitig ist; in diesem Falle unterliegt allerdings die Nothwendigkeit der Beweiserhebung über die Klagforderung keinem Zweifel. Die richtige Folgerung aus Schwanert's richtigem Vordersatze, daß die Kompensationseinrede sich lediglich gegen den Anspruch auf Baarzahlung richte, und daß dem Beklagten die Befugniß zustehe, durch Aufrechnung statt durch Baarzahlung den Kläger zu befriedigen, wäre gewesen, daß bei liquider Gegenforderung der Beweis über die illiquide Hauptforderung nicht erforderlich sei.

Von größerer Bedeutung ist, was Dernburg, schon ehe eine Klage auf „Feststellung des Nichtbestehens der Gegenforderung des Beklagten" eingeführt war, über die Frage lehrte,[2]) ob es zulässig sei, daß der Richter von einem Kläger angegangen werde, die Aufhebung der Klagforderung durch Kompensation mit einer Schuld des Klägers auszusprechen. Während Dernburg als Autoren, die eine solche

[1]) Siehe oben Seite 145.

[2]) Gesch. und Theorie der Kompensation 2. Aufl. 1868 § 64 (Seite 546 f.) Dazu Eck, Behrend's Zeitschr. für Gesetzgeb. und Rechtspfl. in Preußen Bd. 3 (1869) Seite 140.

actio compensationis verneinen,[1]) Krug, Sintenis und Windscheid anführt, erklärt er selbst es für Bedürfniß, daß der Gläubiger berechtigt sein müsse, „auf Befriedigung durch Aufrechnung zu klagen"; es erscheine als Verweigerung der Rechtshülfe, ihn entweder zum Abwarten zu nöthigen, bis sein Gegner klage oder kompensire, oder ihn zu zwingen, Zahlung einzuklagen, die er nicht erstrebe. Diese Auffassung hängt wesentlich damit zusammen, daß Dernburg zu denen gehört, welche die Zulässigkeit einer einseitigen außergerichtlichen Kompensation bestreiten. Wer die einseitige außergerichtliche Kompensation für statthaft erklärt, muß eine actio compensationis schon deshalb überflüssig nennen. Wozu eine Klage auf richterliche Vollziehung der Kompensation, wenn derjenige, der kompensiren will, dies jederzeit durch sein eigenes Handeln ohne den Richter erreichen kann? Sollte der Kompensat auf die von seinem Gegenpart ihm außergerichtlich mitgetheilte Kompensation erklären, er sei allerdings forderungsberechtigt dem Kompensanten gegenüber, diesem stehe aber gegen ihn keine Forderung zu, so bedurfte es auch hier keiner actio compensationis für den Kompensanten, vielmehr genügte demselben, um die aufgetauchte Streitfrage zur Entscheidung zu bringen, die provocatio ex lege diffamari: in der Erklärung des Kompensaten lag die Berühmung, eine Forderung gegen den Kompensanten zu haben, die nicht durch eine entgegenstehende Gegenforderung aufgehoben werde. Selbst wenn man aber eine actio compensationis im Sinne Dernburg's statuirt, ist es keineswegs, wie Dernburg weiter annimmt, „eine Konsequenz dieses Grundsatzes," „daß schlechthin auf Beweis über die Klagforderung zu erkennen sei, wenn der Beklagte unter Bestreitung der auf Zahlung gerichteten Klage eine exc. compensationis vorschützt, die der Kläger zugesteht".[2]) Dagegen ist einzuwenden, daß doch die auf Zahlung gerichtete Klage sich nicht zufolge der vorgeschützten Gegenforderung und ihres Zugeständnisses ohne Weiteres in eine Klage auf Befriedigung durch Aufrechnung verwandelt. Ebensowenig enthält die Bitte, den Beklagten zur Zahlung zu verurtheilen, etwa von vornherein auch die Bitte, der Richter möge die Befriedigung durch Aufrechnung aussprechen. Beides sind durchaus verschiedene Klagbitten. Nach dem vorreichsgesetzlichen Civilprozesse wäre sogar die Umänderung der

[1]) s. Dernburg Seite 547 Note 1.

[2]) a. a. O. Seite 549.

einen Bitte in die andere unstatthaft gewesen; enthielte aber die auf Befriedigung durch Zahlung gerichtete Bitte zugleich die Bitte auf Befriedigung durch Aufrechnung, so hätte ja der Beklagte durch seine Aufrechnungserklärung, deren Grundlage — die Existenz und Kompensabilität der Gegenforderung — der Kläger anerkennt, bereits Alles geleistet, was er zu leisten angehalten werden soll. Es wäre deshalb auch nach dem früheren Prozeßrecht nur übrig geblieben, die durch die liquide Kompensationseinrede erledigte Klage (ohne Beweisauflage über das Bestehen der Hauptforderung) als unbegründet abzuweisen, wenn sie der Kläger nicht zurücknahm, nachdem er sich von der Existenz der Gegenforderung überzeugt hatte. In Betreff der Frage der Klagänderung hat die C.P.O. in wohlthätiger Weise Wandel geschaffen, indem sie die Umänderung der Klagbitte in Fällen der vorliegenden Art zuließ (§ 240 Nr. 3). Daß dies die richtige Auffassung ist, dafür läßt sich nichts Schlagenderes anführen, als Dernburg's eigene Gründe, die dahin gehen: „Allerdings steht bereits fest, daß die Klage, insoweit sie Zahlung fordert, unwirksam ist; allein der Kläger kann mit Recht verlangen, daß ihm statt derselben im Falle der Existenz seiner Klagforderung durch richterliche Aufrechnung Befriedigung werde; eine bloße Abweisung entspräche seinen Rechten nicht, wenn ihm auch vorbehalten bliebe, für den Fall, daß Verklagter künftig mit seiner Gegenforderung klagend auftreten würde, seinerseits mit der damals zurückgewiesenen Klagforderung zu kompensiren." Hieraus ergiebt sich, daß an sich die Klage auf Zahlung auch in Dernburg's Sinne nicht etwa die Klage auf Aufrechnung in sich schließt. Hat also der Kläger nur Zahlung verlangt, und hat er — wie heutzutage sein Recht ist — nachträglich nicht Aufrechnung verlangt, so ist die nach Dernburg selbst bereits feststehende Unwirksamkeit der Klage, wie sie angestellt worden, auszusprechen. Das Recht, Aufrechnung zu verlangen, bedarf der Geltendmachung, wie jedes Klagrecht. Unterläßt der Kläger diese Geltendmachung, so bleibt nur übrig die als unwirksam bereits feststehende, allein auf Zahlung gerichtete Klage abzuweisen; dies Urtheil gestattet, wie Dernburg ebenfalls mit Recht betont, daß die Klagforderung der etwa in einem späteren Prozesse klagend verfolgten Gegenforderung compensando entgegengestellt werde.

Die von Dernburg vertheidigte Ansicht ist also dieselbe Ansicht, welche hier unter Anwendung der inmittels von der C.P.O. ein=

geführten Prozeßformen vertheidigt wird: Dernburg's Klage auf Aufrechnung ist die heutige Klage auf Feststellung des Nichtmehrbestehens der Kompensationsforderung. Was Dernburg, gegen Andere ankämpfend, vor dreißig Jahren als Postulat des praktischen Bedürfnisses hinstellte, hat die C.P.O. in ihrer Feststellungsklage ohne Bedenken gewährt. Und wenn man ein gleiches praktisches Bedürfniß für den Beklagten anerkennt, zu „verlangen", daß entschieden werde, ob seine unstreitige Forderung durch Aufrechnung mit der streitigen Klagforderung erloschen sei, so kann der Beklagte dies Verlangen — im älteren Prozesse geradeso wie im neueren — durch Stellung eines Widerklagantrags kundgeben. In diesem durch Widerklage eingeleiteten Prozeß erfolgt dann entweder die Verurtheilung des Widerbeklagten und Klägers auf Zahlung der Gegenforderung, oder es erfolgt die Abweisung der Widerklage, weil der Widerbeklagte das Bestehen der im Widerklageprozeß einredeweise zur Kompensation gestellten Hauptforderung dargethan hat. Im einen wie im anderen Falle ist dem Interesse des Beklagten voll Genüge geleistet. Beide Theile sind also in der Lage, ihre verschiedenen Interessen durch Stellung der richtigen Anträge innerhalb des wegen der Hauptforderung anhängig gemachten, ursprünglich auf Zahlung gerichteten Prozesses geltend zu machen. Fehlen diese Anträge, so kann ausschließlich der auf Zahlung gerichtete klägerische Antrag zur Entscheidung kommen, und diese Entscheidung kann bei liquider Gegenforderung nur klagabweisend ausfallen, ohne Beweiserhebung über die Hauptforderung; denn — um mit Dernburg's eigenen Worten zu reden — „es steht bereits (ohne Beweisauflage) fest, daß die Klage, insoweit sie Zahlung fordert, unwirksam ist"; unwirksame Klagen hat aber der Richter alsbald abzuweisen, er hat die Abweisung nicht durch eine entbehrliche Beweisaufnahme hinauszuschieben.

Die Ausführungen Dernburg's bieten hiernach der von uns vertretenen Ansicht besonders werthvolle Stützen. Sie treffen — im Gegensatz zu allen sonstigen Stimmen der Theorie — insofern den Kernpunkt, als sie klar erkennen lassen, daß für die Frage, ob bei illiquider Haupt- und liquider Gegenforderung ein Beweisverfahren über die Hauptforderung zu eröffnen, lediglich das Interesse des Klägers in Betracht kommt. Hätte Dernburg untersucht, ob der Kläger sein Interesse, über die Tilgung seiner Forderung durch

Aufrechnung entschieden zu sehen, vermittels der ausschließlich auf Zahlung gerichteten Klage verfolgen kann, so würde er gefunden haben, daß das prozessualisch unmöglich ist. Bedarf es aber einer anderen Klagbitte, so heißt das eben, daß die Abweisung der vom Kläger aufrechterhaltenen Zahlungsbitte erfolgen muß, wenn eine andere Bitte nicht gestellt wird.

Dernburg leitet hinüber zu den Schriftstellern, die sich nach Erlaß der C.P.O. über unsere Frage geäußert haben.

Hier ist zunächst Kohler zu nennen. In seinen prozeßrechtlichen Forschungen[1]) (1889) hebt er mit Recht die besondere Natur der Kompensationseinrede hervor bei Betrachtung der „schwierigen Komplikationen", welche einträten, wenn der Beklagte unter mehreren Einreden auch die Kompensationseinrede geltend mache, und wenn etwa die letztere liquid wäre, die übrigen nicht; durch sie werde nicht etwa blos ein Erlöschungsgrund geltendgemacht, vielmehr in ihr der Erlöschungsgrund selbst geschaffen oder mindestens perficirt.[2]) Dann folgt aber eine Ausführung, der wir entgegen treten müssen. „Es wird", sagt Kohler, „nicht nur der Klaganspruch gelöscht, sondern der Gegenanspruch selbst wird aufgezehrt. Bei diesem Sachverhalt ist es sicher, daß die Kompensationseinrede neben den übrigen Einreden einen subsidiären Charakter hat: dringen die übrigen durch, so ist nicht nur der Beklagte frei, sondern er hat auch noch seine Gegenforderung, während er im Falle der Abweisung des Klägers auf Grund der Kompensationseinrede zwar auch frei wird, aber zugleich seine Gegenforderung einbüßt. Würde man . . . den Kläger pure abweisen, so würde dadurch der Beklagte möglicherweise um den ganzen Betrag der Gegenforderung geschädigt."

Daß die Annahme, es büße der Beklagte durch ein die Klage pure abweisendes Erkenntniß seine Gegenforderung ein, nicht zutrifft, ist oben[3]) ausreichend dargelegt. Kohler selbst erkennt ja die Möglichkeit bedingten Kompensirens an,[4]) indem er zwar die Bestimmung des Entwurfs B.G.B. § 332 (jetzt B.G.B. § 388), welche bedingte und befristete Aufrechnung verbietet, billigt, aber das sonst reprobirte bedingte Kompensiren im Prozeß (d. h. unsere Eventualaufrechnung)

[1]) Seite 118 ff.

[2]) Siehe oben Seite 153.

[3]) Siehe Seite 82.

[4]) Ztschr. f. Civ.Proz. Bd. 20 (1894) Seite 16, 19, 20, 36.

ein Bedürfniß nennt und weiter zutreffend ausführt: die bedingte Kompensation träte ein für den Fall, daß der Beklagte die Klagforderung in erster Reihe bestreite und eventuell die Kompensation geltend mache. Dann fährt Kohler fort: „Bei dieser Konstellation wird die Kompensationserklärung natürlich nur für den Fall gegeben, daß die bestrittene Klagforderung trotz der Bestreitung vom Gericht zuerkannt wird. Mit dem Momente, wo die Klagforderung vom Gericht an sich verworfen wird, verliert die Kompensationserklärung ihre Bedeutung. Die Tilgung durch prozessuale Kompensation ist Tilgung durch Aufopferung eines Vermögensstückes des Beklagten. Daraus ergiebt sich die wichtige Konsequenz: wenn die Kompensationseinrede neben anderen Einreden gebracht wird, so ist sie immer eventuell gedacht“. Den grundlegenden Sätzen in dieser Ausführung Kohler's ist zuzustimmen, nicht aber der gezogenen Folgerung, daß die Kompensationseinrede im Sinne Kohler's „immer eventuell“ gedacht sei. Solche „eventuelle“ Einreden giebt es nicht; die Einrede der Eventualaufrechnung ist eine definitive, wie jede andere nicht mit prozeßhindernden Einreden verbundene Einrede.[1]) Wenn Kohler ferner der Erklärung, eventuell kompensiren zu wollen, gleiche Wirkung mit der Erklärung beimißt: „ich bestreite zunächst die Klage, eventuell stelle ich den Klagforderungsbetrag zur Verfügung“, oder mit der Erklärung: „ich bestreite die Forderung, eventuell deponire ich den Betrag“, so ergeben die gewählten Beispiele das Gegentheil von dem, was sie ergeben sollen. Die Parallelen passen nicht. Nach Kohler's richtigen Prämissen und nach seinen eigenen obigen Worten schafft die im Prozeß erfolgte Erklärung der Aufrechnung (auch die bedingte Erklärung) eine Einrede. Mit nichten schafft aber die Erklärung, „eventuell stelle ich den Klagforderungsbetrag zur Verfügung“, oder die Erklärung, „eventuell deponire ich“, eine Einrede. Ein solches Vorbringen ist rechtlich bedeutungslos. Eine Klage wird keineswegs dadurch ausgeschlossen, daß der Beklagte sich eventuell zur Zahlung oder zur Deposition bereit erklärt, sondern nur dadurch, daß er (wenn auch nur eventuell d. h. mit Vorbehalt) thatsächlich zahlt oder thatsächlich deponirt. Daß die Eventualzahlung jede auf Zahlung gerichtete Klage (ohne Beweiserhebung über das Bestehen der Klagforderung)

---

[1]) Siehe oben Seite 22 ff. 29. 112.

unbedingt ausschließt, dies darzulegen, war der Zweck der Ausführungen im zweiten Abschnitt S. . . . ff. Dasselbe hätte dort für die Deposition mit Vorbehalt ausgeführt werden können, vorausgesetzt, daß nach den Parteiverhandlungen unstreitig ein Depositionsfall vorlag. Hätte aber Kohler, wie es für seine Beweisführung nothwendig war, die Eventualzahlung oder die Eventualdeposition (nicht den blos erklärten Zahlungs- oder Depositionswillen) in Vergleich gestellt mit der Eventualkompensation, so würde sich auch für ihn als richtige Schlußfolgerung ergeben haben: wie die Eventualzahlung oder -Deponirung, so dient die Eventualaufrechnung unbedingt zur Tilgung der Klagforderung, und deshalb ist eine Beweisauflage über die Existenz der Hauptforderung verfehlt. Der umgekehrte Schluß Kohler's, „es dürfe sich der Richter niemals der Entscheidung über die Existenz oder Nichtexistenz der Klagforderung mit der Motivirung entschlagen, daß sie, ob sie bestehe oder nicht, doch jedenfalls durch Gegenforderung aufgehoben sei", ist ein nicht zutreffender, veranlaßt durch die unhaltbare Prämisse, eine Eventualaufrechnung bedeute das Nämliche, wie die Erklärung, eventuell zahlen oder deponiren zu wollen. Was endlich die Verweisung Kohler's auf einen vor verschiedenen Instanzen verhandelten Prozeß[1]) angeht, aus welchem eine ungerechtfertigte Prozeßverwirrung folgen soll, wenn man anders verfahre, als Kohler vorschlägt, so wird sich demnächst bei Erörterung der Stimmen aus der Praxis zeigen, daß gerade jener Prozeß durch die Befolgung der Theorie, die Kohler verficht, zum Schaden der Parteien offensichtlich fehlerhaft entschieden ist.

Aus einem anderen Grunde als Kohler und die vor ihm Genannten will Fitting[2]) bei unstreitiger Gegenforderung die Nothwendigkeit einer Beweisauflage über die streitige Hauptforderung rechtfertigen. Er sieht diesen Grund darin, daß die Kompensationseinrede (wie die Retentionseinrede) einen Anspruch verfolge; diese „anspruchverfolgenden Einreden seien mit der Widerklage nahe verwandt", mit der Kompensationseinrede suche der Beklagte für den Fall, daß der Klaganspruch berechtigt sei, „die gleichzeitige Befriedigung eines gleichartigen Gegenanspruchs (durch Aufrechnung) zu erreichen". Da diese Einreden „zum Unterschiede von der Wider-

[1]) Ztschr. f. Civ.Proz. Bd. 10 Seite 131.

[2]) Reichs.C.P. 8. Aufl. Seite 310 § 55 II.

klage" die Befriedigung des Gegenanspruchs als Folge dieses Prozesses nur für den Fall erstrebten, daß sich der Anspruch des Klägers als an sich berechtigt herausstellen sollte, so würden sie nicht, wie die Widerklage, ohne Rücksicht auf die Berechtigung des Klaganspruchs erhoben, sondern eben bloß für den Fall, daß dieser berechtigt sei. Erkenne ihn das Gericht nicht als berechtigt, so habe es mithin über die anspruchverfolgende Einrede und den dadurch geltend gemachten Gegenanspruch gar nicht zu entscheiden; denn dieser erweise sich nach rückwärts als gar nicht anhängig gemacht. Wenn nichts aufzurechnen sei, weil etwa die Forderung des Klägers schon durch Zahlung getilgt sei, so habe das Gericht über die Gegenforderung überhaupt nicht zu entscheiden. Hieraus folge weiter, daß wenn die anspruchverfolgende Einrede früher als der Klaganspruch zur Entscheidung reif sei, diese Entscheidung nicht durch Endurtheil (Theilurtheil), sondern bloß durch feststellendes Zwischenurtheil erfolgen könne.

Dem dürfte entgegenzuhalten sein: Eine Verwandtschaft der Kompensationseinrede mit einer Widerklage ist nicht anzuerkennen; die Kompensationseinrede ist nichts als eine Einrede.[1]) Der Umstand, daß sie nur eventuell erhoben, begründet aber keinen Unterschied von der Widerklage; denn man kann auch Widerklagen, namentlich die auf Gegenforderungen gestützten Widerklagen eventuell erheben. Ob der Beklagte seine Kompensationseinrede nur für den Fall geltend gemacht hat, daß die Klagforderung nicht durch Zahlung getilgt sei, oder ob er primär die Kompensationseinrede und eventuell die Zahlungseinrede vorgeschützt hat, entscheidet nicht darüber, welcher Streitpunkt zunächst vom Gericht zu erledigen ist.[2]) Unser Prozeß gestattet nicht, eine Vertheidigung der Art vorzubringen, daß der Richter erst nach Erledigung anderer Vertheidigungsmittel zur Heranziehung jener Vertheidigung schreiten könne.[3]) Darüber entscheidet allein die Reife des Prozesses für ein Endurtheil. Ist die „eventuell" behauptete Zahlung unstreitig, die primär behauptete Gegenforderung streitig, so muß — ohne Beweiserhebung über die Gegenforderung — Klagabweisung auf Grund der feststehenden Zahlung erfolgen. Ist aber die primär behauptete Zahlung streitig und die eventuell behauptete Gegen-

[1]) Siehe oben Seite 94.

[2]) Hierzu siehe Seite 29 ff. 111 ff.

[3]) Siehe oben Seite 22. 148 ff.

forderung unstreitig, so muß Klagabweisung auf Grund der erklärten Eventualaufrechnung erfolgen ohne Beweiserhebung über die Zahlung, freilich mit einer Begründung, welche ergiebt, daß nur eine Eventualaufrechnung vorliegt.[1]) Für ein Zwischenurtheil ist kein Raum.[2]) Die Frage, ob gezahlt sei, liegt außerhalb des gegenwärtigen Prozesses, so interessant sie für den Beklagten sein mag; sie gehört in einen möglichen späteren Prozeß. Im Wesentlichen beschränkt sich also die Begründung Fitting's auf die Betonung des eventuellen Charakters der Kompensationseinrede. Der vorige Abschnitt enthält die Bekämpfung dieser Begründung.

Aus neuester Zeit sind noch K. Mayer[3]) und Fr. Leonhard[4]) anzuführen.

Mayer giebt zu (S. 29), daß die Partei durch den Antrag, die Klage definitiv, eventuell zur Zeit abzuweisen, den Richter nicht nöthigen kann zu entscheiden, ob der Anspruch überhaupt unbegründet ist, und erst wenn dies zu verneinen, ob er zur Zeit unbegründet ist. „Denn" so erkennt er mit uns an[5]) „sie hat kein Recht dem Richter vorzuschreiben, auf welche Weise er die ihm obliegende Entscheidung über den Prozeßanspruch zu gewinnen hat." Er erkennt weiter demgemäß mit Recht an,[6]) diese Grundsätze würden dahin führen, daß bei vorgeschützter Kompensationseinrede der Klaganspruch „abgewiesen werden könnte, ohne daß es, wenn eine Gegenforderung vorhanden sei, der Feststellung der Klagforderung bedürfe; ein vernünftiger Richter werde dies nicht thun, unzulässig sei es aber nicht; denn auch durch eine bedingte oder eventuelle Kompensationserklärung könne der Richter nicht gezwungen werden, über den Klaganspruch zunächst zu entscheiden; vielmehr habe der Richter allein darüber zu befinden, welche Theile des Parteivorbringens er zu seiner Entscheidung verwenden wolle. Auch das materielle Recht stehe der Abweisung des Klaganspruchs ohne dessen Feststellung auf Grund der Gegenforderung nicht im Wege; denn, obwohl der materiellrechtliche Kompensationsvorgang das Dasein beider For-

[1]) Siehe unten den Rechtsfall § 17 a. E.

[2]) Siehe oben Seite 94. 112.

[3]) Landrichter in Ellwangen, Anspruch und Rechtskraft. Freiburg 1896.

[4]) In der Seite 11 Note 5 citirten Schrift.

[5]) Siehe oben Seite 19 ff.

[6]) a. a. O. Seite 30.

derungen voraussetze, sei dies für den Prozeß nicht maßgebend, der nur zu entscheiden habe, ob der erhobene Anspruch begründet sei oder nicht. Aber § 293 Abs. 2 C.P.O. schließe eine solche Abweisung des Klaganspruchs aus, indem diese Bestimmung eine unbedingte Entscheidung über die Gegenforderung nothwendig mache; an einer solchen Entscheidung fehle es, wenn unentschieden bleibe, ob die Gegenforderung erloschen sei oder nicht; eine Entscheidung über das ‚Bestehen' der Gegenforderung liege nur dann vor, wenn sie zur Aufrechnung verwendet, wenn also ausgesprochen werde, daß sie nicht mehr bestehe.[1]) Die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Gegenforderung zu besonderem Prozesse verwiesen werden könne, habe in der C.P.O. ihre Regelung gefunden."

So richtig die Grundsätze, die Mayer ausspricht, im Uebrigen sind, und so sehr sie sich fast durchaus mit unsern Ausführungen decken, geht er doch nach zwei Richtungen hin zu weit und gelangt dadurch zu einem nicht billigenswerthen Resultat. Es ist ein Irrthum, daß § 293 Abs. 2 C.P.O. den Richter nöthige, Beweis über die streitige Klagforderung zu erheben, um über das Bestehen oder Nichtbestehen der Gegenforderung entscheiden zu können.[2]) Wäre das der Fall, so läge in der Geltendmachung einer Gegenforderung die Erhebung eines Anspruchs des Beklagten, was Mayer selbst mit Recht[3]) bestreitet. Der Richter, der ausspricht, die Gegenforderung sei entstanden, ob sie durch die Klagforderung erloschen sei, bleibe dahin gestellt, erkennt über das Bestehen (d. h. über das Entstandensein) der Gegenforderung und verweist sie keineswegs zum besonderen Prozesse. Nach seiner eigenen Ausführung sieht Mayer erst dann in der richterlichen Entscheidung über die Gegenforderung ein Urtheil über deren „Bestehen", wenn ausgesprochen werde, daß die Gegenforderung „nicht bestehe". Es ist aber eine nicht zuläſſige Gesetzesinterpretation, das Bestehen der Gegenforderung in § 293 mit dem unmittelbar daneben noch ausdrücklich genannten „Nichtbestehen" zu

---

[1]) a. a. O. Seite 46, 47.

[2]) Siehe oben Seite 76 ff.

[3]) a. a. O. Seite 15: „Eine zur Aufrechnung geltendgemachte Gegenforderung ist kein Prozeßanspruch. Es bedurfte einer besonderen Bestimmung, um dem Gericht hinsichtlich einer solchen Forderung eine Trennungsbefugniß zu gewähren (§ 136 Abs. 2 C.P.O.)". Hierzu oben Seite 49 ff. dieser Schrift.

identifiziren; das heißt nichts Anderes, als das Wort „Bestehen" streichen, wie es ja vom Standpunkte Mayer's aus ein neuerlicher Vorschlag für die Revision der C.P.O. in der That empfiehlt.[1]) Unentschieden läßt bei unserer Auffassung des § 293 der Richter das Entstandensein der Hauptforderung, und hierzu ist er nicht nur befugt, sondern durch § 272 C.P.O. verpflichtet, weil ohne Feststellung des Entstandenseins der Hauptforderung endlich über den Klaganspruch d. h. über das gegenwärtige Nichtbestehen der Klagforderung entschieden werden kann: es ist somit die Außerachtlassung des § 272 ein zweiter Fehlgriff, der Mayer's ganze Schrift durchzieht; sonst könnte er auch nicht einen Satz aussprechen, wie den[2]): „Alles, was der Richter dahin gestellt sein lassen kann, kann er auch entscheiden". Dem ist der andere Satz entgegen zu halten: „Sobald der Richter endlich entscheiden kann, muß er Alles dahin gestellt sein lassen, was er ohne Beweisaufnahme nicht entscheiden kann, aber was für seine Entscheidung festzustellen unnöthig ist; er darf also darüber nicht entscheiden". Damit erledigt sich auch die weitere Behauptung Mayer's, kein vernünftiger Richter werde auf Grund unstreitiger Gegenforderung abweisen, ohne die streitige Klagforderung vorher festzustellen. Bedarf der Richter dieser Feststellung nicht für die Klagabweisung, was Mayer mit Recht annimmt, so untersagt § 272 die Feststellung.

Leonhard beschränkt sich darauf, die Abweisung der illiquiden Klage bei liquider Kompensationseinrede deshalb für unrichtig zu erklären, weil dadurch das Interesse des Beklagten schwer geschädigt würde, der doch zunächst ohne Aufopferung seines Anspruchs siegen wolle. Das ist nur die Wiederholung der nicht haltbaren Ansicht, als führe die Abweisung der Klage eine „Aufopferung" der Gegenforderung herbei.[3])

Von den Kommentatoren der C.P.O. wird unsere Frage ebenfalls nur spärlich behandelt. Soweit Aussprüche vorliegen, schließen sie sich der Meinung an, daß die Liquidität der Kompensationseinrede den Beweis der illiquiden Klagforderung nicht erübrige, und daß erst nach erfolgter Beweiserhebung die auf Zahlung gerichtete Klage abgewiesen werden dürfe. Wie das Urtheil zu

[1]) Siehe oben Seite 86 ff.
[2]) a. a. O. Seite 31.
[3]) Siehe oben Seite 61 ff.

fassen sei, das die Klage abweise, möge der Klagbeweis erbracht oder nicht erbracht sein, darüber wird geschwiegen.

v. Wilmowski und Levy[1]) begnügen sich zu sagen, „ein Urtheil, welches die Klagforderung, ohne das Bestehen derselben festzustellen, lediglich wegen der eventuellen Gegenforderung abweist, sollte überhaupt nicht erlassen werden". Diesem ohne weitere Begründung und weitere Erläuterung aufgestellten Satze könnte man im gewissen Sinne beitreten. Nämlich in dem Sinne, daß ein geschickter Anwalt und, wo der fehlt, ein geschickter Richter in Fällen illiquider Klage und liquider Kompensationseinrede den Prozeß so leiten wird, daß entweder der Kläger seine Klage als erledigt zurücknimmt oder seine auf Zahlung gerichtete Klagbitte sachgemäß umgestaltet.[2]) Das ist aber nicht der Sinn, den v. Wilmowski und Levy mit ihren Worten verbinden; sie schließen sich vielmehr, wie das von ihnen hervorgehobene Wort „eventuell" andeuten soll, denen an, die einen Beweis der Klagforderung verlangen wegen des eventuellen Charakters der vorgeschützten Kompensationseinrede. Daß dieser Grund versagt, ist zur Genüge dargelegt. Uebrigens erkennen diese Kommentatoren mit Recht an, daß ein Urtheil, das ohne Beweiserhebung auf Grund liquider Kompensationseinrede abweist, das Bestehen der Gegenforderung rechtskräftig feststellt,[3]) während sie mit Unrecht behaupten, bezüglich der Hauptforderung fehle eine der Rechtskraft fähige Entscheidung. Dabei ist übersehen, daß das Nichtbestehen der Hauptforderung allerdings festgestellt ist; unentschieden gelassen ist nur, ob sie nicht mehr besteht oder nie entstanden ist.[4])

Den Standpunkt v. Wilmowski's und Levy's theilen Struckmann und Koch. Sie lehren,[5]) daß, wenn der Richter die bestrittene Klagforderung, ohne die Frage ihres Bestehens zu prüfen, auf Grund einer Kompensationseinrede abweise, der Beklagte ein solches Urtheil mit Rechtsmitteln angreifen könne, da er durch die Aufrechnung, deren Geltendmachung Seitens des Beklagten nur als eine eventuelle anzusehen sei, beschwert würde. Lasse der Beklagte

---

[1]) C.P.O. 7. Aufl. (1895) zu § 293, Schluß der Noten.

[2]) Siehe oben Seite 159.

[3]) Vergl. oben Seite 82.

[4]) Siehe oben Seite 63 ff.

[5]) C.P.O. zu § 293 6. Aufl. (1894) Seite 388, 389.

das Urtheil rechtskräftig werden, so könne er die Gegenforderung nicht mehr einklagen, da sie durch Aufrechnung getilgt sei.

Hierbei ist übersehen, daß ein Urtheil, welches die bestrittene Klagforderung, ohne die Frage ihres Entstandenseins zu entscheiden, auf Grund unstreitiger Kompensationseinrede abweist, keineswegs die Tilgung der Gegenforderung durch Aufrechnung feststellt und die spätere Einklagung der Gegenforderung ausschließt. Vielmehr läßt ein solches Erkenntniß, wie v. Wilmowski und Levy nebst Anderen mit Recht als zweifellos hinstellen, die Existenz der Hauptforderung und damit die Tilgung der Gegenforderung unentschieden; es kann deshalb vom Beklagten, zu dessen Gunsten es die Klage abweist und die Frage nach der Entstehung der Gegenforderung bejaht, mit Rechtsmitteln nicht angefochten werden. Daß ebensowenig die nur eventuelle Geltendmachung der Gegenforderung eine Feststellung der Hauptforderung erheischt, ist bereits mehrfach erörtert.

Gaupp[1]) stützt gleichfalls seine Meinung, daß bei streitiger Hauptforderung und unstreitiger Gegenforderung eine Beweisaufnahme über die Entstehung der Hauptforderung geboten sei, auf den eventuellen Charakter einer solchen Kompensationseinrede; dieser bedinge, daß die Entscheidung über den Aufrechnungsanspruch vom Bestehen des Rechtsverhältnisses abhänge, welches den Gegenstand des anderen Prozesses bilde. Wenn der Richter von seiner Befugniß (§ 136 C.P.O.) Gebrauch macht, eine nicht konnexe Gegenforderung zu getrenntem Verfahren zu verweisen, so sieht Gaupp in dem Kompensationsanspruch von Zeit der Trennung an einen Anspruch „auf Feststellung der Aufrechnungsbefugniß des Beklagten bezw. auf Feststellung des Nichtbestehens der Forderung des Kompensaten wegen vollzogener Aufrechnung.“ Er behauptet für diesen Fall, daß, wenn der Prozeß über den Aufrechnungsanspruch früher spruchreif wird als der Prozeß über den Klaganspruch, die Entscheidung über ersteren nach §§ 139, 274 auszusetzen sei.

Aber keinem dieser Sätze kann zugestimmt werden. Ein Beleg, daß der über die Gegenforderung eingeleitete getrennte Prozeß das Nichtbestehen der Klagforderung wegen vollzogener Aufrechnung zum Gegenstand habe, ist nicht beigebracht. Nur wenn die C.P.O. ausdrücklich bestimmte, daß im Vorschützen einer Kompensations-

[1]) C.P.O. zu § 136. 2. Aufl. Seite 295. 1890.

einrede ein Klaganspruch des Beklagten auf Vollziehung der Aufrechnung läge, würde Gaupp im Rechte sein; einen solchen Ausspruch enthält aber die C.P.O. nirgends. Sodann trifft § 139 nur den Fall, in welchem das Bestehen oder Nichtbestehen der Gegenforderung den Gegenstand eines anderen anhängigen Rechtsstreites bildet,[1]) der Paragraph findet also überhaupt auf einen Prozeß, in welchem eine Gegenforderung compensando vorgebracht wird, keine Anwendung. Wo wäre hier der „andere anhängige Prozeß"? Könnte aber selbst der § 139 auf den Fall der Kompensationseinrede angewendet werden, so würde § 139 keineswegs bestimmen, daß bei Spruchreife des Prozesses über die Gegenforderung die Entscheidung darüber auszusetzen sei, bis der Prozeß über den Klaganspruch sich ebenfalls im Stadium der Spruchreife befinde, sondern nur, daß die Aussetzung ersteren Prozesses statthaft sei. Der Prozeß brauchte also nicht ausgesetzt zu werden. Das Gericht wäre vielmehr befugt, über die Gegenforderung, ohne daß die Hauptforderung feststeht, zu erkennen. Demnach würde aus dem § 139 gerade das Gegentheil dessen folgen, was Gaupp daraus herleitet. Denn wollte das Gericht über die Gegenforderung während schwebenden Hauptforderungsprozesses erkennen, so müßte der Gegenstand des Erkenntnisses lediglich das Bestehen oder Nichtbestehen der Gegenforderung und keineswegs die vollzogene oder nichtvollzogene Aufrechnung sein. Die C.P.O. läßt mithin Urtheile über das Bestehen der Gegenforderung zu, was unmöglich wäre, wenn im Vorschützen einer Kompensationseinrede ein „Anspruch auf Vollziehung der Aufrechnung" läge. Auch aus § 274 folgt dies nicht, sondern eher das Gegentheil. Der § 274 gestattet bei streitiger Gegenforderung ein Theilurtheil über die unstreitige Hauptforderung, er gestattet aber nicht etwa im umgekehrten Falle ein Theilurtheil über die unstreitige Gegenforderung. Offensichtlich deshalb nicht, weil im Sinne des Gesetzgebers das Vorschützen einer Kompensationseinrede überhaupt nichts enthält, was nach § 273 den Gegenstand eines „Theilurtheils" bilden könnte; denn sie enthält weder einen von mehreren klagend geltendgemachten Ansprüchen, noch einen widerklagend erhobenen Anspruch.

---

[1]) Vergl. v. Wilmowski und Levy C.P.O. zu § 139. 7. Aufl. Note 2, auch Oertmann in Busch, Zeitschr. f. C.P.O. Bd. 20 Seite 73.

An letzter Stelle sei dann noch Seuffert[1]) genannt, der sich darauf beschränkt — nach Anerkennung der Regel, daß im Allgemeinen bei liquider Einrede die illiquide Klage ohne Beweisauflage abzuweisen sei[2]) — für die Kompensationseinrede eine Ausnahme zu behaupten, „weil Aufrechnung nur möglich sei, wenn der Anspruch des Klägers besteht". Das Mißverständniß, das dieser Begründung innewohnt, ist oben[3]) beleuchtet worden.

§ 17. Standpunkt der Gerichte.

I. Oberste Gerichte.

Von Aussprüchen oberster Gerichtshöfe über die Bedeutung einer liquiden Kompensationseinrede darf zunächst der Satz aus dem Plenarbeschlusse des preußischen Obertribunals vom Jahre 1839[4]) hier eine Stelle finden:

Wird die anzurechnende Forderung eingeräumt oder ist sie sonst sogleich klar, so **wird die Schuld für erloschen erachtet.**

Zwar ist nicht ersichtlich, ob bei dem Ausspruche dieses Satzes das Obertribunal an den Fall der illiquiden Hauptforderung gedacht hat, aber seiner allgemeinen Fassung nach ergreift der Satz diesen Fall mit. Auch stimmt das zu den übrigen Ausführungen des Obertribunals in jenem Beschlusse, welche dahin gehen, daß prozessualisch die Einrede der Kompensation nicht anders zu behandeln sei, wie jede sonstige Einrede.

Speziell die Frage, ob bei liquider Kompensationseinrede, aber illiquider Klage über den Grund der letzteren Beweis zu erheben sei, hat, soweit bekannt, ein oberster Gerichtshof bis in die neueste Zeit nur einmal entschieden. In den 1850er Jahren trat das Oberappellationsgericht in Rostock dafür ein, daß die liquide Gegenforderung es nicht rechtfertige, den Kläger ohne Beweisverhandlung über die illiquide Klagforderung abzuweisen.[5])

Dem Kläger war in diesem Prozesse durch Beweisinterlokut

---

[1]) zu § 727. (7. Aufl. Seite 389, 390. 1895).

[2]) Als Beispiel führt Seuffert einen Fall an, in welchem Forderungen aus einem Gesellschaftsverhältnisse erhoben und Beklagter unter Bestreiten der Entstehung dieser Forderungen einen urkundlich belegten Erlaßvertrag entgegenstellt.

[3]) Siehe Seite 136 ff.

[4]) Siehe oben Seite 46.

[5]) Entscheidungen, hg. v. Buchka u. Budde 5. Bd. Seite 239.

der Beweis seiner Klagforderung auferlegt. Der Beklagte verlangte in der Berufungsinstanz die alsbaldige Abweisung der Klage auf Grund seiner eventuell geltendgemachten liquiden Gegenforderung, weil in dem anhängigen Prozesse nicht darüber entschieden zu werden brauche, ob und wieviel er sich von seiner Gegenforderung abrechnen lassen müsse, wenn er künftig einmal aus der Gegenforderung klage.[1]) Das O.A.G. bestätigte das angefochtene Interlokut und sprach aus: „Die Kompensationseinrede ist, wenn sie mit einer Bestreitung des eingeklagten Anspruches verbunden wird, ihrer Natur nach eine eventuelle, und auch im gegenwärtigen Falle ausdrücklich nur in dieser Richtung vom Beklagten vorgeschützt worden. Die Forderung des Klägers wird durch bloße Existenz einer dieselbe überreichlich deckenden liquiden Gegenforderung noch nicht getilgt, mithin wird der Kläger dadurch allein auch nicht gehindert, sein Recht klagend zu verfolgen und nach Führung der erforderlichen Beweise Befriedigung, sei es direkt oder durch entsprechende Abminderung des Gegenanspruches, zu verlangen. Eine Abweisung der Klage in dem gegenwärtigen Stande des Prozesses, wie Beklagter sie begehrt, würde die Forderung des Klägers als eine illiquide, von dem rechtskräftig auferlegten Beweise abhängige, und die Gegenforderung des Beklagten in ihrem vollen Betrage ungemindert fortbestehen, also das Rechtsverhältniß der Parteien völlig ungelöst lassen, bis der Beklagte seinerseits mit der vorbehaltenen Nachklage aufträte, während doch der Kläger ein unbestreitbares Recht darauf hat, auf Grund seiner Klage reine Sache zu bekommen und den Streit nach Maßgabe der jetzt vorliegenden Verhandlungen, also ohne Rücksicht auf etwa versäumte Einreden, die der Beklagte in einem späteren Prozesse als Repliken noch vorbringen könnte, entschieden zu sehen".

Der durchschlagende Grund für diese Entscheidung liegt darin, daß das Gericht „ein Recht des Klägers annimmt, reine Sache zu bekommen". Das ist der Standpunkt Dernburg's,[2]) der seinerseits gerade als Stütze der von ihm statuirten actio compensationis dieses Rostocker Urtheil anführt. Damit erkennt das Gericht an, daß die Nothwendigkeit einer Beweisauflage sich nur überhaupt ver-

[1]) Der Prozeß hat offensichtlich unter einer Gesetzgebung gespielt, in welcher die Berufung gegen Beweisinterlokute gegeben war.

[2]) Siehe oben Seite 171.

theidigen läßt, wenn die Beweisauflage für den klägerischen Anspruch von Interesse ist; das Gericht lehnt also — und dies mit Recht — die Meinung ab, daß ein etwaiges Interesse des Beklagten die Beweisauflage rechtfertigen könnte. Es ist bereits oben[1]) betont, daß dieser Gedankengang überhaupt den einzigen Weg zeigt, auf welchem zur Nothwendigkeit der Beweisauflage zu gelangen wäre. Gleich Dernburg übersieht aber das Oberappellationsgericht, daß ein etwaiges „Recht des Klägers, reine Sache zu bekommen", doch nur dann für die Frage der Nothwendigkeit einer Beweisauflage in Betracht käme, wenn der Kläger dieses Recht mittels seiner Klage geltendgemacht hätte. Das ist nicht der Fall. Niemals enthält die Bitte, den Beklagten zur Zahlung zu verurtheilen, implicite die allgemeine Bitte „reine Sache zu bekommen", d. h. juristisch ausgedrückt, die Bitte, wenn nicht durch Zahlung, so doch durch Aufrechnung (nämlich durch aufrechnungsweise Tilgung der Gegenforderung) befriedigt zu werden. Eine solche Klagbitte hatte (vor Einführung der negativen Feststellungsklage) überhaupt in jure keine Grundlage. Das Oberappellationsgericht unterläßt auch zu sagen, welchen Anspruch es aus dem unfaßbaren und unjuristischen „Recht, reine Sache zu bekommen" herleitet; eine Klage, an welche dabei gedacht zu sein scheint, „entweder direkt (durch Zahlung) oder indirekt durch entsprechende Abminderung des Gegenanspruchs (durch Aufrechnung)" befriedigt zu werden, gab es in den 1850er Jahren so wenig, als es sie heute giebt. Adminikulirend fügt das Oberappellationsgericht noch einige andere Gründe für seine Entscheidung hinzu. Auch sie gehen fehl. Die „bloße Existenz einer Gegenforderung" tilgt allerdings nicht die Klagforderung; der Beklagte verbindet aber mit der Behauptung der Existenz seine Aufrechnungserklärung, und der Kläger stimmt zu; da liegt doch erheblich mehr als die „bloße Existenz" der Gegenforderung, es liegt eine Eventualaufrechnung vor. Das Verkennen der Zulässigkeit und der Wirksamkeit einer solchen Aufrechnung hat die weitere Folge, daß das O.A.G. annimmt, die Gegenforderung bleibe bei einer ohne Beweisauflage erfolgenden Klagabweisung fortbestehen, während sie bedingt getilgt ist. Ferner ist der Zweck des vom Kläger auf Verurtheilung des Beklagten zur Zahlung gerichteten Prozesses nicht

[1]) Seite 173.

„die Lösung des Rechtsverhältnisses der Parteien", sondern lediglich die Lösung der Frage, ob der Beklagte zu zahlen oder nicht zu zahlen hat, und diese Frage bleibt bei einem pure klagabweisenden Erkenntniß keineswegs „ungelöst", sondern sie wird sehr entschieden dahin gelöst, daß der geltendgemachte Anspruch, vom Beklagten Zahlung zu erhalten, nicht besteht (gleichviel ob er nie bestanden hat, oder ob er zwar bestanden hat, aber getilgt ist). Nebenher wird außerdem festgestellt, daß die Gegenforderung entstanden ist. Soweit die Parteien ihr Rechtsverhältniß durch ihre Anträge vor den Richter gebracht haben, soweit wird es auch definitiv erledigt. Klagt demnächst in einem weiteren Prozesse der Beklagte seine Gegenforderung ein, so besteht die Vertheidigung des ursprünglichen Klägers als jetzigen Beklagten darin, daß er dem Kläger sagt: „die eingeklagte Forderung ist durch die von dir im früheren Prozesse erklärte Aufrechnung getilgt; denn ich werde meine Forderung beweisen, von deren Existenz du damals die Aufrechnung abhängig gemacht hast". Sollte gegenüber dem Beweise der Entstehung der Forderung der Kläger replicando etwa die Tilgung derselben durch Zahlung darthun können, so ist nicht abzusehen, weshalb der Kläger mit dieser — im ersten Prozesse möglicherweise versäumten — Berufung auf die Zahlung ausgeschlossen wäre. Daß er ausgeschlossen sein müßte, beruht auf der nicht zutreffenden Anschauung, als wäre ein Prozeß mit Hauptforderung und Gegenforderung ein Prozeß, in welchem das Rechtsverhältniß der Parteien auf Grund der zur Zeit der Entscheidung vorliegenden Verhandlungen definitiv auseinander zu rechnen wäre. Ein solches judicium duplex, einen solchen Aufrechnungsprozeß, kennt aber unsere Prozeßgesetzgebung nicht.[1])

Die Gründe des Oberappellationsgerichts würden, wenn sie zu billigen wären, dahin führen, daß gleich der liquiden Kompensationseinrede auch diejenige liquide Einrede, die sich auf eine Eventualzahlung stützt, den Beweis der Klagforderung nicht erübrigte. Muß aber bei letzterer Einrede von einer Beweiserhebung abgestanden werden,[2]) so bleibt — genau wie bei der liquiden Kompensationseinrede — im Sinne des O.A.Gerichts „das Rechtsverhältniß der Parteien völlig ungelöst", und es bekommt der Kläger ungeachtet seines angeblichen „Rechtes, reine Sache zu bekommen," diese reine

[1]) Siehe oben Seite 44 ff.

[2]) Siehe oben Seite 111 ff.

Sache nicht. Was im Falle der Zahlungseinrede aber unabänderlich eintritt, wird doch auch im Falle der Kompensationseinrede erträglich sein. Und was bei der Einrede einer Eventualzahlung Rechtens ist, muß auch bei einer Eventualaufrechnung Rechtens sein. Gesetzt der mit Vorbehalt aufrechnende Beklagte beschränkt sich auf diese seine Einrede eventueller Kompensation, was soll ihn hindern, in dem Nachprozesse, in welchem er seine Gegenforderung einklagt, weil sie wegen Nichtexistenz der gegnerischen Hauptforderung ungetilgt geblieben sei, replikalisch etwa geltend zu machen, sein Gegner, der Gläubiger der Hauptforderung, habe auf die Hauptforderung verzichtet oder habe auf dieselbe Baarzahlung erhalten? Bewahrheitet sich ein solcher Verzicht oder eine solche Baarzahlung, dann wird die nur für den Fall der Existenz der Hauptforderung erklärte Aufrechnung wirkungslos; die ihr gesetzte Bedingung ist als nicht eingetreten dargethan; der Inhaber der Gegenforderung siegt, weil sein Gegner auf die Hauptforderung verzichtet oder weil er darauf Zahlung empfangen hat; es bedarf nicht der Aufrechnung mit der Gegenforderung, um die Hauptforderung zu tilgen. Der Beklagte hätte vielleicht dasselbe Resultat erreicht, wenn er alsbald im ersten Prozesse sich auf den Verzicht oder auf die Zahlung und nicht lediglich auf die Eventualaufrechnung gestützt hätte. Aber der Umstand, daß er dies unterließ, ist einflußlos für den zweiten Prozeß. Allerdings verliert ein Beklagter, der sich auf das Vorschützen *einer* Einrede beschränkt, seine weiteren Einreden, wenn er rechtskräftig *verurtheilt* wird, weil durch das Erkenntniß die Zahlpflicht des Beklagten ein für allemal feststeht. Anders liegt die Sache, wenn *Klagabweisung* erfolgt und diese ausweislich ihrer Begründung einen Ausspruch darüber, ob die Klagforderung zur Entstehung gelangt sei, nicht enthält. Wird dann eine als bestehend anerkannte Gegenforderung klagweise geltend gemacht, oder wird die im früheren Prozesse nicht zum Austrag gebrachte Frage, ob die damalige Klagforderung bestanden habe, erneut der richterlichen Entscheidung unterbreitet, so hindert im ersten Falle kein Rechtssatz den Kläger Repliken vorzubringen, die er im früheren Prozesse als Einreden hätte vorbringen können, aber nicht vorgebracht hat. Ebensowenig hindert ihn im zweiten Falle ein Rechtssatz, Einreden vorzubringen, die er im früheren Prozesse versäumt hat. Das eine wie das andere ist ein novum judicium, welches den Parteien die Freiheit giebt, sich

nach Belieben zu vertheidigen. Macht z. B. der Beklagte unter Bestreiten der eingeklagten Forderung geltend, der Kläger habe mit ihm verabredet, daß alle seine Forderungen erst nach Jahresfrist fällig sein sollten, und giebt dies der Kläger nach, so wird die Klage, wie bislang noch Niemand bestritten hat, ohne Beweiserhebung abgewiesen. Wenn nun nach Ablauf des Jahres der Kläger von Neuem seine Forderung einklagt, so kann der Beklagte in diesem zweiten Prozesse jeder Einrede sich bedienen, auch derjenigen, die er im ersten Prozesse versäumt hat, wie etwa der Einrede der Zahlung oder des Verzichtes, mag auch die Zahlung oder der Verzicht bereits zu einer Zeit geschehen sein, welche vor dem ersten Prozesse lag. Ein Rechtssatz, der solche „versäumten" Einreden ausschlösse, wäre unberechtigt.

Die Verfasser des Rostocker Erkenntnisses haben die Tragweite ihrer Gründe nicht genügend durchdacht und sich mehr auf allgemeine, wenig sagende Bemerkungen beschränkt, statt klare rechtliche Gesichtspunkte zu entwickeln und in die feinen juristischen Fragen sich zu vertiefen, welche die Sache bot.

Das Erkenntniß mußte der Berufung des Beklagten stattgeben und die Klage ohne Beweisauflage abweisen.

Nachdem diese Schrift druckfertig war, ist unterm 9. Nov. 1896 ein Urtheil des Reichsgerichts 6. Civ.S.[1]) ergangen, welches — von unserem Standpunkte aus leider — bei unstreitiger Gegenforderung, aber streitiger Hauptforderung in Abänderung des vorausgegangenen Urtheils des Oberlandesgerichts Breslau eine Beweisauflage über die Klagforderung für unerläßlich erklärt, freilich ohne sich darüber auszusprechen, wie die Schwierigkeiten zu beseitigen sind, welche entstehen, wenn die Beweiserhebung über die Klagforderung zu einem bedingten Endurtheile führt. Die Begründung sagt, 1. nicht das Bestehen gegenseitiger Forderungen habe auf die beiderseitigen Forderungen Einfluß, es sei vielmehr die Erklärung eines Theiles erforderlich, aufrechnen zu wollen; das Berufungsgericht spreche aber eine Tilgung durch Aufrechnung nicht aus, wolle vielmehr dem Beklagten die anderweitige Einklagung seiner Gegenforderung und demgegenüber dem Kläger die Aufrechnung mit der Klagforderung

[1]) In Sachen von Stockhausen w. Gebhardt.

gestatten; 2. das Berufungsgericht halte einen solchen nachfolgenden Prozeß für unwahrscheinlich, weil die Parteien, wenn ihnen an der Feststellung der Klagforderung gelegen, von dem Rechte, die Feststellung zu beantragen, Gebrauch gemacht haben würden; eine solche Feststellungsklage habe aber dem Kläger, der die Leistungsklage anstellen konnte, wegen mangelnden rechtlichen Interesses nicht zugestanden; 3. über den in einer Klage erhobenen Anspruch müsse nach den Grundsätzen der C.P.O. (sofern die Prozeßvoraussetzungen vorhanden und prozeßhindernde Einreden nicht erhoben seien) endgültig entschieden werden; 4. wenn die Klagforderung wegen einer Gegenforderung abgewiesen sei, müsse das Urtheil ergeben, wie weit aufgerechnet sei; soweit könne dann die Gegenforderung nicht mehr geltend gemacht werden; eine gegenseitige Aufrechnung sei nur möglich, wenn eine gültige Forderung und eine gültige Gegenforderung vorhanden seien; deshalb sei bei streitiger Hauptforderung deren Bestehen festzustellen.

Diese Begründung überzeugt wenig. Zu 1. ist es richtig, daß die Klagforderung durch bloßes Bestehen der Gegenforderung nicht getilgt wird, daß vielmehr der Aufrechnungswillen des Beklagten hinzukommen muß. Dieser Willen ist vorliegend zum Ausdruck gekommen; der Beklagte hat erklärt, für den Fall des Bestehens der Hauptforderung aufzurechnen. Das Reichsgericht verneint ohne genügenden Grund die Bedeutung dieser Eventualaufrechnung.

Zu 2. Es ist richtig, daß ein Kläger, der auf Zahlung klagen kann, wegen mangelnden Interesses keine Klage auf Feststellung seiner Forderung aus § 231 C.P.O. hat. Das Reichsgericht verkennt aber, daß ein Kläger, nachdem er auf die — wenn auch nur eventuell — abgegebene Aufrechnungserklärung des Beklagten hin sich zustimmend erklärt hat, nicht mehr auf Zahlung, sondern nur auf Feststellung klagen kann, und zwar entweder auf Feststellung, daß sein Zahlungsanspruch bestanden habe, oder auf Feststellung, daß die als entstanden eingeräumte Gegenforderung nicht mehr bestehe (weil sie durch die erklärte Aufrechnung getilgt sei). Auf eine solche Feststellungsklage ist der Kläger zu verweisen; sie ist in seiner Person unbestreitbar begründet.[1])

[1]) Siehe oben Seite 120. 157 ff.

Zu 3. Daß nach den Grundsätzen der C.P.O. stets über den Klaganspruch definitiv entschieden werden müsse, so daß rechtskräftig feststehe, ob er begründet sei oder nicht, ist ebenfalls richtig. Nur bedarf es der Hervorhebung, daß die Grundlage für diesen Ausspruch des Reichsgerichts nicht etwa in § 293 Abs. 1 der C.P.O. zu suchen ist, sondern in denjenigen Vorschriften, welche eine umfassende, durch das richterliche Fragerecht nöthigenfalls zu ergänzende mündliche Verhandlung über den gesammten Streitstoff vorschreiben und das Vorbringen neuer Behauptungen in der Berufungsinstanz gestatten. Durch diese Vorschriften, nicht etwa durch § 293 wird die Abweisung eines Klaganspruchs „wie angebracht" ausgeschlossen: der Kläger hat volle Gelegenheit, Alles, was zur Stütze seines Anspruchs dienen kann, in dem von ihm anhängig gemachten Prozesse vorzubringen; genügt sein Vorbringen nicht zur Klagbegründung, so muß angenommen werden, daß er überhaupt Weiteres nicht anzuführen *vermag*, nicht etwa, daß er es anzuführen *versäumt* habe; ihn durch eine Abweisung „wie angebracht" auf eine neu zu erhebende und besser zu begründende Klage hinzulenken, hat keinen Zweck mehr; die Abweisung erfolgt deshalb stets definitiv. In diesem Sinne ist aber eine Entscheidung, welche ausspricht, daß eine Klage auf Zahlung von 100 aus einem Darlehn als unbegründet abgewiesen werde, „entweder weil das Darlehn nicht gegeben oder weil es durch Eventualaufrechnung getilgt sei", eine definitive Entscheidung über den Klaganspruch: der nämliche Klaganspruch aus Zahlung der 100 aus dem fraglichen Darlehn kann nie wieder mit Erfolg erhoben werden; es steht ihm die exceptio rei judicatae entgegen. Hat ja doch das Reichsgericht selbst anerkannt, daß nur die über den *Klaganspruch*, nicht die über eine *streitig gewordene Frage* getroffene Entscheidung rechtskräftig wird,[1]) daß es also für die Bedeutung eines Urtheils, welches den Klaganspruch abweist oder zuspricht, gleichgültig ist, ob das Urtheil eine streitig gewordene Frage entscheidet oder dahin gestellt sein läßt. Der weitere Satz des Reichsgerichts: in Fällen, in denen eine Klagforderung wegen einer Gegenforderung abgewiesen werde, müsse das Urtheil ergeben, *wie weit aufgerechnet sei*, beruht auf einer petitio principii und ist nicht etwa dem § 293 Abs. 2 C.P.O.[2]) zu entnehmen. Unsere Prozeßgesetzgebung erheischt

[1]) Siehe oben Seite 63 ff.

[2]) Vergl. oben Seite 61.

die Zulassung von Urtheilen, welche zwar bei unstreitiger Gegenforderung eine Klage auf Zahlung definitiv abweisen, aber es dahin gestellt sein lassen, ob die Abweisung auf Grund vollzogener Aufrechnung der Klagforderung mit jener Gegenforderung oder ob sie auf Grund etwa einer anderweiten gleichfalls unstreitigen Einrede (z. B. des Verzichts) oder ob sie auf Grund einer Eventualaufrechnung erfolge.[1]) In solchen Fällen erscheint zwar der Klaganspruch, wie er erhoben war, definitiv erledigt, keineswegs aber der Vollzug oder Nichtvollzug der Aufrechnung festgestellt; dieser bleibt vielmehr — unter rechtskraftfähiger Entscheidung darüber, daß die Gegenforderung entstanden und eventuell zur Aufrechnung verwendet ist — späterer Entscheidung vorbehalten. Dafür, daß ein solches Verfahren der C.P.O. widerstreite, hat das Reichsgericht keinerlei Begründung beigebracht. Auch noch in sonstigen Fällen erfolgt nach heutigem Prozeßrecht eine Klagabweisung, obwohl die Frage über die Existenz der der Klagbitte zur Grundlage gegebenen Forderung dahin gestellt gelassen wird. Bei feststehender Einrede der Befristung wird, wie noch Niemand angezweifelt hat, der Klaganspruch — mit Ausschluß jeder Beweiserhebung über die streitige Klagforderung — „nach den Grundsätzen der C.P.O." (§ 272) abgewiesen, ohne Entscheidung, ob die Klagforderung entstanden ist oder nicht, und es wird also über letztere Frage nicht endgültig entschieden. Ebenso liegt es bei der Klagabweisung, die auf Grund einer unstreitigen Eventualzahlung erfolgt.[2]) In beiden Fällen wird aber endgültig über den Klaganspruch entschieden, d. h. über die Frage, ob auf Grund des verhandelten Thatbestandes der Beklagte dem Kläger aus der Klagforderung zu zahlen hat: das Nichtbestehen des Klaganspruchs zur Zeit der Urtheilsfällung wird festgestellt, mag das Nichtbestehen ein Nichtmehrbestehen oder ein Nichtentstandensein der Klagforderung bedeuten. Die Aberkennung des aus einem Darlehn erhobenen Klaganspruchs deckt sich nicht mit der Verneinung der Frage, daß das Darlehn einmal entstanden ist. Dies ist scharf auseinander zu halten. Für die Frage nach dem Umfang der Rechtskraft sind wesentlich die Gründe der Klagabweisung heranzuziehen; dies hat das Reichsgericht selbst in Uebereinstimmung mit dem Oberhandelsgericht in Fällen anerkannt, in denen auf

[1]) Siehe oben Seite 66.

[2]) Siehe oben Seite 104. 105.

Grund unstreitiger Gegenforderung die Klagabweisung erfolgte.[1]) Hierzu stimmt es nicht, wenn aus einem Urtheile, das die Entstehung der Klagforderung dahin gestellt sein läßt (wie dies im vorliegenden Falle das Urtheil des Oberlandesgerichts Breslau thut), ein der Rechtskraft fähiger Ausspruch über die Entstehung der Klagforderung hergeleitet wird.[2])

II. Zweitinstanzliche Gerichte.

Daß es Oberlandesgerichte giebt, welche unter der Herrschaft der gegenwärtigen Prozeßordnung die Beweisauflage über die Klagthatsachen bei liquider Gegenforderung für unerläßlich halten, ehe die auf Zahlung gerichtete Klage abgewiesen werden könne, geht aus dem in Seuffert's Archiv[3]) abgedruckten Urtheile des Oberlandesgerichts Hamburg in einer Lübecker Sache und aus den Mittheilungen H. Meyer's[4]) hervor, nach denen ebenso die Oberlandesgerichte Breslau und Marienwerder vereinzelt verfahren haben. Angeblich nehmen andere Oberlandesgerichte einen gleichen Standpunkt ein.

In jenem Hamburger Falle hatte der Kläger[5]) als im Geschäfte des Erblassers der Beklagten Angestellter eine Vergütung von täglich 15 Mark eingeklagt; die Beklagte bestritt den Anstellungsvertrag und berief sich auf eine die Klagforderung nicht voll deckende Gegenforderung aus Bürgschaftsleistung; der Kläger gab die Gegenforderung zu, ohne deshalb seine Klage zu ermäßigen. Das Landgericht Lübeck hielt die Nothwendigkeit alsbaldiger Klagabweisung auf Höhe des Betrags der Gegenforderung für so selbstverständlich, daß es sich darauf beschränkte zu sagen, dem streitigen Klaganspruche stehe die

---

[1]) Siehe oben Seite 80 ff.

[2]) Das im 37. Bd. der Entscheidungen des R.Ger. in Civ.S. S. 403 ff. v. 30. Mai 1896 enthaltene Urtheil spricht sich über die Frage, ob der bei unstreitiger Gegenforderung über die Klagforderung in erster Instanz erhobene und für mißlungen erkannte Beweis zu erheben war, nicht aus, sondern entscheidet nur — in Uebereinstimmung mit obigen Ausführungen über § 293 C.P.O. (S. 81 ff.) — daß die Berufung des Beklagten gegen ein bei solcher Sachlage klagabweisendes Erkenntniß (d. h. die Berufung gegen den in den Gründen enthaltenen Ausspruch, daß die Gegenforderung getilgt sei) zulässig ist.

[3]) Bd. 48 S. 226 (1892).

[4]) Archiv für civ. Pr. Bd. 85 S. 153. Ein Versuch, Einsicht dieser Urtheile zu erlangen, führte zu keinem Ziele.

[5]) ausweislich der von mir eingesehenen Akten.

unstreitige Gegenforderung entgegen. Das Oberlandesgericht Hamburg ordnete indeß als Berufungsgericht Beweis über die Entstehung der Hauptforderung an mit folgender Begründung:

„Zwar wird der — noch ungewisse — Anspruch des Klägers, falls er sich als begründet herausstellen sollte, durch die liquide Kompensationseinrede getilgt und somit die Klage abgewiesen werden. Gleichwohl kann diese Entscheidung zur Zeit nicht getroffen werden, da die „materielle" Wirkung eines die Klage abweisenden Urtheils verschieden ist, je nachdem dies geschieht, weil der Anspruch an sich nicht begründet ist, in welchem Fall es zu einer Kompensation nicht kommen kann und also die Gegenforderung durch das Urtheil gar nicht berührt wird, oder aber weil der Kompensationseinrede stattgegeben wird, in welchem Fall die Gegenforderung soweit konsumirt wird, was zur Voraussetzung hat, daß die Klagforderung insoweit begründet ist. Es ist daher nicht zulässig, wie es im landgerichtlichen Urtheil geschieht, es dahingestellt sein zu lassen, ob der Klaganspruch begründet sei oder nicht und die Klage abzuweisen, weil der Klaganspruch eventuell durch eine Gegenforderung absorbirt werden würde, wobei es dann ungewiß bleibt, ob diese Eventualität eingetreten und die Gegenforderung durch die Kompensation erloschen sei oder noch bestehe."

Mit seiner Begründung stellt sich das Oberlandesgericht auf den von Wetzell vertretenen Standpunkt. Alles, was gegenüber Wetzell gesagt ist,[1]) gilt auch gegenüber dem Oberlandesgericht Hamburg. Man beachte aber vor Allem, wie sehr das letztere Gericht abweicht von dem, was das Oberappellationsgericht Rostock ausführt.[2]) Gewiß ist die materielle Wirkung eines Urtheils verschieden, je nach den Gründen, aus denen es die Klage abweist. Das Lübecker Urtheil weist sie ab, weil die Gegenforderung besteht und demgegenüber die Entstehung der Hauptforderung dahingestellt bleiben kann. Ein Zweifel über die Tragweite dieses Urtheils ist nicht möglich.[3]) Den Beweis, daß der Richter in Fällen der vorliegenden Art sich darüber entscheiden müßte, ob die Gegenforderung durch das Urtheil konsumirt oder nicht konsumirt werde, hat das Oberlandesgericht, ebenso wie Wetzell, nicht einmal beizubringen versucht. Dem Interesse

[1]) Siehe oben Seite 168.

[2]) Siehe oben Seite 185.

[3]) Siehe oben Seite 63 ff.

des Klägers, der auf Zahlung klagt, ist genügt, wenn er erfährt, daß er wegen Bestehens der eventuell zur Aufrechnung gebrachten Gegenforderung Zahlung nicht verlangen kann; danach, ob durch die Gegenforderung seine Hauptforderung erloschen ist oder nicht, hat er den Richter nicht gefragt.[1]) Und der Beklagte hat dies ebensowenig gethan; seinem Klagabweisungsantrage ist genügt, wenn er erfährt, daß er nicht zu zahlen braucht. Wozu also die Beweisauflage?

Die Gründe, welche vom Oberlandesgericht Hamburg für die Nothwendigkeit der Beweisauflage angeführt werden, träfen mutatis mutandis auch für die Einrede der Eventualzahlung zu. Schwerlich möchte dasselbe Oberlandesgericht in Fällen der Eventualzahlung ebenfalls die Nothwendigkeit einer Beweisauflage über die Klagforderung behaupten wollen.

Daß das Oberlandesgericht Breslau den Standpunkt des Oberlandesgerichts Hamburg nicht immer theilt, geht aus dem Seite 189 f. besprochenen Reichsgerichtserkenntnisse hervor. Der eine Senat folgt der von Meyer vertretenen, der andere, wie wir alsbald sehen werden, der in dieser Schrift vertretenen Auffassung. Die Sachlage, wie sie dort dem Oberlandesgericht Breslau zur Entscheidung vorlag, war folgende:

Ansprüchen des Verpächters gegenüber machte der beklagte Pächter, sie großentheils bestreitend, Gegenforderungen geltend. Das Landgericht[2]) erkannte auf Klagabweisung, da „ein den klägerischen Anspruch übersteigender Gegenanspruch offenkundig ist." Auf die Berufung des Klägers sprach das Oberlandesgericht aus,[3]) die Prüfung des streitigen Klaganspruchs erübrige, da sich ergebe, daß der Betrag der Gegenforderungen, soweit er feststehe, die Klagforderung übersteige, auch wenn sie im streitigen Umfange erwiesen würde. Bei dieser Sachlage habe das Gericht die Feststellung des streitigen Betrags der Klagforderung für überflüssig erachtet, da die Entscheidung über die Klagforderung weder durch die Bestimmungen der C.P.O., noch durch die Natur der Kompensation oder das Interesse der Parteien bedingt werde. Wenn das Gericht die Entscheidung über die Existenz der Klagforderung dahingestellt sein lasse, so würde allerdings der Kläger, sobald das Urtheil

[1]) Siehe oben Seite 14. 31.

[2]) L.G. Görlitz i. S. von Stockhausen w. Gebhardt. Urtheil v. 13. März 1895.

[3]) O.L.G. Breslau. Urtheil v. 1. April 1896.

in Rechtskraft übergegangen, seine Forderung niemals wieder im Wege der Klage geltend machen dürfen. Dagegen würde es dem Beklagten unbenommen sein, die Gegenforderung einzuklagen, er würde aber dann erwarten müssen, daß der jetzige Kläger einer derartigen Klage gegenüber sich (einredeweise) darauf berufe, es greife die Voraussetzung Platz, unter der im Vorprozesse die Gegenforderung als Kompensationsobjekt benutzt worden sei, nämlich die Existenz der damaligen Klagforderung. Sonach sei durch die jetzige Entscheidung des Gerichts Niemand geschädigt. Es könne höchstens der Einwand erhoben werden, daß ein zweiter Prozeß mit umgekehrten Parteirollen möglich werde.[1]) Dies lasse sich nicht bestreiten, aber es sei nicht zu erwarten, daß ein solcher zweiter Prozeß folge, da die Parteien dann, wenn ihnen an Feststellung der Klagforderung liegen würde, von dem Rechte, die Feststellung zu beantragen, Gebrauch machen würden.

Diese Begründung des Oberlandesgerichts trifft fast überall zu; sie stellt mit Recht in Gegensatz die Verwendung einer Forderung im Wege einer auf Zahlung gerichteten Klage und im Wege einer zur Aufrechnung geltendgemachten Einrede, indem sie anerkennt, daß eine abgewiesene Klagforderung unter Umständen nachträglich einer Kompensationseinrede in einem zweiten Prozesse zur Grundlage dienen kann.[2]) Die weitere Ausführung ist aber nicht zu voller Klarheit durchgedrungen: die Möglichkeit des Entstehens eines zweiten Prozesses kann nie einen Grund abgeben, sich für einen Beweisbeschluß statt für ein Endurtheil zu entscheiden; einer solchen Auffassung steht der § 272 C.P.O. entgegen. Käme aber auf eine solche Möglichkeit überhaupt etwas an, so müßte es gleichgültig sein, ob es in größerem oder geringerem Maße wahrscheinlich sei, daß die Möglichkeit sich verwirkliche. Endlich folgt die Unwahrscheinlichkeit eines zweiten Prozesses nicht daraus, daß die Parteien dann, „wenn ihnen an Feststellung der Klagforderung etwas läge, vom Rechte, die Feststellung zu beantragen, Gebrauch machen würden". Welcher Art Feststellungsklage das Oberlandesgericht hierbei im Sinne hat, bleibt dunkel; das Reichsgericht nimmt an, das Oberlandesgericht wolle auf eine Feststellungsklage des Klägers aus § 231

[1]) Hierzu bes. zu vergl. oben Seite 63 ff. Die Gründe des O.L.G. Breslau stimmen mit dem dort Gesagten überein.

[2]) Siehe oben Seite 66.

C.P.O. verweisen. Diese Feststellungsklage erklärt das Reichsgericht wegen mangelnden Interesses für nicht gegeben, da der Kläger die Leistungsklage habe. Schwerlich mit Recht. In Folge der erklärten Eventualaufrechnung mit einer vom Kläger anerkannten Gegenforderung hat der Kläger eben die Leistungsklage nicht mehr, und das Reichsgericht giebt ja die Möglichkeit einer Klage auf Feststellung, daß eine Forderung bestanden habe, selbst zu.[1] Jedenfalls ist aber die Klage des Klägers auf Feststellung des Nicht(mehr)bestehens der Gegenforderung begründet;[2] für eine solche Klage liegt das in § 231 verlangte rechtliche Interesse zweifellos vor. Das Oberlandesgericht hätte also nicht in so unbestimmter Weise, wie es gethan, von einem „Rechte der Parteien auf Feststellung der Klagforderung", sondern klar und bestimmt vom Rechte des Klägers auf Feststellung des Nicht(mehr)bestehens der Gegenforderung oder des Bestandenhabens der Klagforderung reden sollen.

III. Erstinstanzliche Gerichte.

Urtheile erstinstanzlicher Gerichte gelangen meist nur in die Oeffentlichkeit, soweit sie beim Abdruck der Urtheile höherer Gerichte mitgetheilt werden. So erhellte aus den beiden unter I und II besprochenen erstinstanzlichen Urtheilen, daß zu I das betreffende mecklenburgische Gericht die Beweisauflage über die illiquide Klagforderung bei liquider Gegenforderung für unerläßlich, daß aber zu II das Landgericht Lübeck und das Landgericht Görlitz sie für überflüssig hielt. Nach Meyer's Zeugniß[3] „kommt es in der Praxis ‚häufig' vor, daß bei liquider Gegenforderung die Gerichte die Klage abweisen, es dahin gestellt sein lassend, ob die Klage begründet sei, oder ob derselben eine andere Einrede (der Zahlung, der Verjährung) entgegenstehe". Beim Landgericht Lübeck wird so — nach mir gewordener autoritativer Auskunft — „in fester, durch die Entscheidung des Oberlandesgerichts Hamburg[4] nicht erschütterter Praxis verfahren".

Zwei erstinstanzliche (anscheinend amtsgerichtliche) sich diametral

[1]) Siehe oben Seite 120.

[2]) Siehe oben Seite 119.

[3]) Archiv f. civ. Praxis Bd. 85 S. 148.

[4]) Siehe oben S. 193.

entgegenstehende Urtheile theilt Fuchs in Busch's Ztschr. für Civilprozeß[1]) mit. Fuchs ist der Meinung, daß das erstere dieser Erkenntnisse, welches ohne Beweisauflage den Klaganspruch abweist, verfehlt sei, und er glaubt durch sein Referat über das weitere Schicksal des Streites derselben Parteien, wie es im nachfolgenden zweiten Prozesse sich ergab, die übeln Folgen derjenigen Ansicht dargethan zu haben, auf welcher das erstere Urtheil beruhte. In dieser Auffassung sind Fuchs beigetreten v. Wilmowski und Levy,[2]) Daubenspeck, Kohler[3]) und Heldmann,[4]) namentlich finden letztere Drei in den mitgetheilten Urtheilen einen Beleg, welche Verwirrung entstehe, wenn mit dem ersteren Urtheile die Klage ohne Beweisauflage über die streitige Klagforderung abgewiesen werde.

Die Sache verhält sich umgekehrt. Allerdings ist in jenen Prozessen (wie auch Fuchs, Daubenspeck und Kohler anerkennen) der Kompensant durch Ungeschick und irrige Rechtsanschauung des Richters um sein gutes Recht gebracht, aber der irrende Richter war nicht der, welcher das erste, sondern der, welcher das zweite Urtheil fällte. Gerade weil der zweite Richter das Billigenswerthe in der Auffassung des ersten Richters nicht erkannte, kam er zu einer Entscheidung, die der kompensirenden Partei unleugbaren Schaden zufügte.

Um dies zu beweisen, bedarf es zunächst einer Feststellung des in den beiden Prozessen Verhandelten.

1. A fordert von B mittels Klage Zahlung von 150 M.; B erkennt die klägerische Forderung in Höhe von 100 an, bestreitet sie in Höhe von 50 und macht eine Gegenforderung von 180 M. geltend, die der Kläger einräumt. Das Gericht weist ohne Beweiserhebung den Kläger ab, weil es dahin gestellt bleiben könne, ob die Klagforderung auf 150 oder 100 M. begründet sei; denn jedenfalls sei die Gegenforderung höher als die Klagforderung, und da sämmtliche Voraussetzungen für die Kompensation vorlägen, „müsse die Klagforderung als getilgt gelten".

2. Derselbe B klagt — vor eingetretener Rechtskraft des Urtheils zu 1 — gegen A auf Zahlung der im ersten Prozesse geltendgemachten Gegenforderung von 180 M. (abzüglich der im Vor-

[1]) Bd. 10 (1887) S. 131 ff.

[2]) C.P.O. zu § 293 (7. Aufl. S. 527 Note 4).

[3]) Siehe S. 174.

[4]) Ztschr. f. d. Civ.Pr. Bd. 21 S. 491.

prozesse anerkannten 100 M.) Der Beklagte A macht in Höhe von 150 M. Rechtshängigkeit, eventuell compensando seine im Vorprozeß eingeklagte Forderung von 150 M. geltend. Das Gericht spricht aus, daß in Höhe von 150 M. die Einrede der Rechtshängigkeit begründet und demnach über die Klagforderung nur in Höhe von 30 M. in diesem Prozesse noch zu entscheiden sei. Die Gründe besagen: die im Vorprozeß erfolgte Entscheidung über das Bestehen der Gegenforderung gehe nach § 293 C.P.O. in Rechtskraft über, mithin sei vor eingetretener Rechtskraft die Gegenforderung rechtshängig. Kläger B behaupte, das Urtheil des Vorprozesses gehe nach § 293 C.P.O. nur soweit in Rechtskraft über, als er im Vorprozesse die Forderung des A anerkannt habe,[1]) d. h. in Höhe von 100 M. Aber B habe im Vorprozesse von seiner Gegenforderung 100 M. schlechthin und unbedingt, weitere 50 M. daneben eventuell (für den Fall, daß die Forderung des A in Höhe von 50 M. nicht schon als unbegründet abgewiesen werde) zur Kompensation gestellt. Nun habe zwar der damalige Richter es ausdrücklich dahin gestellt sein lassen, in welcher Höhe die Klagforderung begründet sei, aber dadurch, daß er in den Gründen die Klagforderung als in voller Höhe von 150 M. durch die Gegenforderung als getilgt abweise, habe er entschieden, daß die Klagforderung in solcher Höhe an sich existent sei (??), nicht existente Forderungen könnten nicht als getilgt, sondern nur als unbegründet abgewiesen werden. Jedenfalls habe der Vorderrichter die Klagforderung auch in Ansehung der nicht anerkannten 50 M. nicht als unbegründet abgewiesen und darum sei anzunehmen, daß die Bedingung eingetreten ist, unter welcher B von seiner Gegenforderung nicht blos 100, sondern noch weitere 150 M. habe zur Kompensation stellen wollen ... Nach alledem seien nur 30 M. noch in lite.

Fuchs führt nun seinerseits aus:[2]) „Der Entscheidung darf man nicht entgegenhalten, daß sie in die Gründe des Vorderrichters eine Feststellung hineinträgt, die dieser logischer Weise wohl hätte getroffen haben müssen, aber nicht getroffen hat. Denn da die Vorentscheidung in ihren Gründen zwar nicht schlüssig, in ihrem dispositiven Theil aber bestimmt ist, und deshalb, solange sie nicht

[1]) Richtiger: gehe bezüglich der Entscheidung über das Nicht(mehr)bestehen der Gegenforderung nur auf Höhe von 100 M. in Rechtskraft über.

[2]) Ztschr. f. C.Pr. Bd. 10 (1887) S. 131 f.

durch Rechtsmittel beseitigt ist, nicht ignorirt werden kann, so blieb ein anderer Ausweg nicht übrig, als zwischen zwei Uebeln das kleinere zu wählen. Adoptirt man nämlich diese Auffassung nicht, so insinuirt man dem Vorderrichter den schweren Verstoß, daß er eine Forderung ohne Gründe als unbegründet zurückgewiesen hat, eine Ungesetzlichkeit, die dieser weder gewollt, noch ausgesprochen hat. Denn die Forderung des damaligen Klägers A (auf 150 M.) ist in voller Höhe von 150 M. durch den Tenor abgewiesen. Diese Abweisung geht nach § 293 C.P.O. in Rechtskraft über, so pervers auch immer die Gründe sein mögen."

In diesen Sätzen ist viel Unrichtiges mit wenig Richtigem gemischt.

Zunächst hat der erste Richter keineswegs „entschieden", daß die Klagforderung existent, aber getilgt sei. Urtheile, die so „entscheiden", giebt es überhaupt nicht. Der Klaganspruch ist vielmehr abgewiesen, das heißt, er ist für unbegründet erkannt. Ob dies geschah, weil das Gericht ihn für getilgt oder für nicht bewiesen oder überhaupt nicht in jure gegeben erklärte, erscheint für die Rechtskraftwirkung des Urtheils insofern gleich, als in jedem dieser Fälle einer nochmaligen Erhebung desselben Anspruchs die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache entgegensteht. Es ist ausgesprochen, daß er gegenwärtig nicht besteht. Soweit kommt § 293 Abs. 1 C.P.O. in Anwendung. Nur vermittels eines Trugschlusses gelangt der zweite Richter zu der Meinung, aus der ohne vorgängige Beweiserhebung erkannten Abweisung der Klage auf Grund der Kompensationseinrede folge, daß mit Rechtskraft des Urtheils die Klagforderung als entstanden anerkannt sei. Ein klagabweisendes Urtheil, stellt überhaupt nur die Negative fest, daß der Klaganspruch nicht gegeben sei; ein möglicherweise in den Gründen enthaltener Ausspruch, die Klagforderung sei entstanden, ist niemals der Rechtskraft fähig. Hier handelt es sich um die Bedeutung der klagabweisenden Urtheilsformel. Völlig getrennt von dieser die Klagforderung und deren Entstehung betreffenden Frage war die Frage zu halten, inwiefern der erste Richter über das Bestehen oder Nichtbestehen der Gegenforderung entschieden hat. Soweit handelt es sich um Anwendung des § 293 Abs. 2, also um die Frage, was die Entscheidungsgründe [1]) bezüglich der Gegenforderung feststellen. Nach

[1]) Siehe oben Seite 68 ff.

diesen Gründen scheidet der erste Richter gerade die Frage, die der zweite Richter als im ersten Prozesse rechtshängig betrachtet, aus dem ersten Prozesse aus; denn er sagt, es könne dahingestellt bleiben, ob die Klagforderung sich auf 150 oder 100 M. belaufen habe, das heißt — angewendet auf die hier allein in Frage kommende Bedeutung der Urtheilsgründe für die Gegenforderung — ob die zum Betrage von 180 M. unstreitige Gegenforderung nur bis zu 100 oder bis zu 150 M. durch Aufrechnung Verwendung gefunden hat; der erste Richter spricht also im Sinne des § 293 Abs. 2 aus, daß bis zu 100 M. die Gegenforderung „nicht besteht", nämlich nicht mehr besteht, weil sie durch Definitivaufrechnung getilgt sei. Weiter spricht er aber bezüglich derselben Gegenforderung aus, daß sie auf Höhe fernerer 50 M. „besteht", nämlich „entstanden ist".[1]) Die Entscheidung darüber, ob zum Betrage dieser 50 M. ebenfalls Tilgung der Gegenforderung durch Aufrechnung eingetreten sei, d. h. ob sie auch soweit „nicht mehr besteht", lehnt der erste Richter ab; er begnügt sich mit der Feststellung des Entstandenseins dieses Theiles der zur Eventualaufrechnung gebrachten Gegenforderung.[2]) Statt zur Gegenforderung in solcher Weise die Bedeutung der Gründe des ersten Richters nach Maßgabe des Abs. 2 des § 293 zu untersuchen, begnügt sich der zweite Richter damit, aus Abs. 1 die Bedeutung der Urtheilsformel zu erörtern.

Sein fernerer Fehlgriff ist, daß er die Einrede der Rechtshängigkeit für durchgreifend erachtet, während das Geltendmachen einer Gegenforderung Rechtshängigkeit nicht begründet.[3]) Nebenher mißversteht er die Ausführungen des ersten Richters. Dieselben wollen das Nämliche zum Ausdruck bringen, was in dieser Schrift als die Wirkung einer vorgeschützten unstreitigen Gegenforderung bei streitiger Hauptforderung vertheidigt ist: die prozessuale Erledigung des Klaganspruchs, vorbehaltlich der Frage, ob die dem Klaganspruch zu Grunde liegende Forderung betreffs der streitigen 50 je zur Entstehung gelangt war.[4]) Die Worte: „es müsse die Klagforderung (in Höhe von 150) als getilgt gelten", bedeuteten also nach dem Vorausgegangenen, sie sei bis zu 100 definitiv getilgt, bis zu 50

[1]) Vergl. oben Seite 77 ff.

[2]) Hierzu oben Seite 82.

[3]) Siehe oben Seite 71. 94 ff.

[4]) Siehe oben Seite 160. 178. 179.

gelte sie eventuell (nämlich für den Fall ihres Entstandenseins) als getilgt. Darüber, daß sich der erste Richter der Entscheidung enthalten wollte, ob die Klagforderung nur in Höhe von 100 oder ob sie in Höhe von 150 bestanden habe, konnte nicht der mindeste Zweifel aufkommen. Die Annahme war von vornherein unmöglich, daß ein Richter erkläre, er unterlasse die Beweiserhebung über die Entstehung des streitigen Theiles der Klagforderung, weil dieser Streitpunkt für seine Entscheidung unwesentlich sei, und in demselben Athemzuge den Streitpunkt als zu Gunsten des Klägers erledigt erachtete. Nach dem, was der Richter in Betreff des Bestehens oder Nichtbestehens der Gegenforderung hat aussprechen wollen, bemißt sich der Umfang der Rechtskraft, wie dies bei den oben[1]) erörterten vor dem Oberhandelsgericht und vor dem Reichsgericht verhandelten beiden Fällen anerkannt worden ist. In jenen Fällen wollte der erste Richter entscheiden, daß die Gegenforderung (in Folge ihrer Aufrechnung mit der begründeten Klagforderung) nicht mehr bestehe; deshalb trat soweit Rechtskraft ein. Hier aber lehnt der erste Richter eine Entscheidung darüber ab, ob die Gegenforderung in höherem Betrage als bis zu 100 M. zur Aufrechnung verwendet sei.

Glaubte aber der zweite Richter die Klage bis zu 50 M. auf Grund der Einrede der Rechtshängigkeit abweisen zu müssen, so hätte er sich — und dies ist sein dritter Fehler — der weiteren Ausführungen zu enthalten gehabt, worüber die noch nicht in Rechtskraft übergegangene Entscheidung des ersten Richters sich ausspreche. Das ist eine für das Urtheil des zweiten Gerichts überflüssige und darum zu vermeidende, übrigens auch irrige Ausführung: aus den Gründen eines noch nicht rechtskräftigen Urtheils darf nicht so argumentirt werden, als sei das Urtheil bereits rechtskräftig. Es war in diesem Punkte der Entscheidung eines künftigen Richters nicht vorzugreifen, welchen etwa nach eingetretener Rechtskraft des ersten Urtheils der Kläger über die angeblich zur Zeit rechtshängige Forderung der 50 M. angerufen hätte. Hierdurch wäre dem Kläger nicht von vornherein — und zwar irrthümlicherweise — eine solche neue Klage als aussichtslos hingestellt worden.

Der Ausgang des zweiten Prozesses hätte deshalb folgender sein müssen, selbst wenn der zweite Richter das Urtheil seines Vorgängers

---

[1]) Seite 63 f.

nicht billigte, und selbst wenn er es für ungerechtfertigt hielt, die Entscheidung über die Höhe der Klagforderung dahingestellt sein zu lassen:

Da die Klagforderung unbestritten in Höhe von 180 M. entstanden und nach der eigenen Erklärung des Klägers in Höhe von 100 M. compensando verwendet war, so erschien die Klage im Restbetrage von 80 M. begründet, sofern nicht die vom Beklagten in Höhe von 50 M. geltendgemachte streitige Gegenforderung bestand. Die über letzteren Punkt im vorigen Prozesse für unerheblich erklärte Beweisaufnahme war somit für diesen Prozeß erheblich. Mißlang der Beweis, so hatte klaggemäße Verurtheilung zur Zahlung von 80 M. zu erfolgen, gelang der Beweis, so war der Beklagte nur zur Zahlung von 30 M. zu verurtheilen.

Auf diesem Wege würden beide Theile zu ihrem vollen Rechte gekommen sein, während der vom zweiten Richter eingeschlagene Weg den Kläger um 50 M. schädigte, wenn nicht mittels der Berufung das irrige Urtheil des zweiten Richters aus der Welt geschafft wurde.

Den Hauptfehlgriff der von Fuchs verfochtenen Entscheidung — die irrige Interpretation der erstrichterlichen Urtheilsgründe — erkennt Daubenspeck bei seiner Besprechung des Falles[1]) an; auch er betont, daß im Vorprozeß nur bedingungsweise die Forderung des damaligen Klägers für erloschen erklärt sei. Mit dieser Auffassung ist es aber schwer vereinbar, wenn Daubenspeck jene verkehrte Entscheidung anruft, um zu beweisen, welche Schwierigkeiten aus dem vom ersten Richter eingeschlagenen Verfahren entstünden. Wie einfach sich im Anschluß an jenes Verfahren alle Schwierigkeiten lösen, zeigt die eben vorgeschlagene höchst naheliegende Erledigung des zweiten Prozesses. Eine verkehrte Erledigung dieses zweiten Prozesses kann doch nicht belegen, daß die Entscheidung des ersten Prozesses ungerechtfertigte Schwierigkeiten veranlaßt habe.

Wollte man aber mit Fuchs annehmen, der erste Richter habe perverser Weise die Klagforderung bis auf Höhe von 150 M. durch sein Urtheil anerkannt, während der Richter hervorhebt, daß der Beklagte diese Höhe bestritten habe, und während ein Beweis über die Höhe nicht geführt ist, so lag es in der Hand des Beklagten, durch Berufung ein solches ihn schädigende Erkenntniß zu beseitigen.

---

[1]) Referat, Votum u. Urtheil, 5. Aufl. S. 146, 6. Aufl. S. 165.

Die Berufung hatte sich dagegen zu richten, daß das ergangene Urtheil 150 M. von seiner 180 M. betragenden Gegenforderung für definitiv aufgerechnet erklärte, während definitiv nur bis zum Betrag von 100 M. und dann eventuell zu einem weiteren Betrage von 50 M. aufgerechnet war.

Hiernach mußte der Versuch mißglücken, durch Heranziehung jener von Fuchs mitgetheilten Entscheidungen die Theorie zu stützen, als bedürfe es bei liquider Kompensationseinrede gegenüber illiquider Klagforderung eines Beweises der letzteren, ehe auf Abweisung der auf Zahlung gerichteten Klage erkannt werden könne. Vielmehr sind die beiden Urtheile in ihrem Zusammenhalt besonders geeignet, das Bedenkliche jener Theorie darzuthun.

§ 18. Die Folgerungen aus der gegnerischen Auffassung.

Es erübrigt noch die letzte praktische Konsequenz der hier als unhaltbar bekämpften Theorie darzulegen. Diese Konsequenz ist in der Einleitung [1]) zur Anschauung gebracht; sie besteht in der unabweislichen Nothwendigkeit, ein Eidesurtheil zu vertheidigen, bei welchem als Folge der Eidesverweigerung wie der Eidesleistung gleichmäßig die Klagabweisung angedroht werden muß. Daß ein solches Erkenntniß eine Absurdität wäre, bedarf keiner Ausführung. Eine Lehre, die zu einer solchen Absurdität führt, muß eine Irrlehre sein. Die Konsequenz, um die es sich handelt, haben von Allen, die sich über unsere Rechtsfrage äußerten, nur die beiden Praktiker Meyer (Oberlandesgerichtsrath zu Breslau) und Daubenspeck (Reichsgerichtsrath zu Leipzig) in den Kreis ihrer Betrachtung gezogen. Für Jeden, der im Gerichtsleben steht, ist es ja außerordentlich naheliegend, sich zu fragen, wie bei liquider Gegenforderung der Prozeß sich gestalte, wenn über die illiquide Klagforderung der Eid zugeschoben und angenommen sei. Hätten noch Andere unter denen, die nach Obigem sich für die Nothwendigkeit der Beweisführung ausgesprochen haben, geprüft, wohin diese Theorie bei einer Beweiserhebung durch Eid führe, sie würden sich vielleicht zur Umkehr von ihrem Wege entschlossen haben.

Auch Meyer und mit ihm Daubenspeck fühlt das Bedenkliche der eben hervorgehobenen Konsequenz. Sie greifen zu dem Noth=

---

[1]) Siehe Seite 1 ff.

behelfe, den ebenfalls die Einleitung bereits mittheilt, nämlich zu dem Nothbehelfe, in die Urtheilsformel hineinzusetzen, daß im Falle der Eidesleistung die Klagabweisung „wegen Beweisfälligkeit" und daß sie im Falle der Nichtleistung des Eides „wegen eingetretener Aufrechnung" erfolge. In einer solchen Gestaltung der Urtheilsformel sieht neuerdings[1]) Unger (Oberlandesgerichtsrath zu Jena) nicht einmal einen bloßen Nothbehelf, sondern eine natürliche und gerechtfertigte Folge des nach seiner Ansicht allgemeinen Gebotes, den Umfang der Rechtskraft eines Erkenntnisses möglichst vollständig durch die Urtheilsformel auszudrücken; die Entscheidung müsse in der Formel zwar knapp, aber „aus sich selbst verständlich" enthalten sein.

Meyer hat sich verschiedentlich über das bei unstreitiger Kompensationseinrede, aber streitiger Klagforderung einzuhaltende Verfahren ausgesprochen und wiederholt, nicht immer mit denselben Gründen, die Nothwendigkeit einer Beweiserhebung über die Klagforderung vertheidigt. Er empfiehlt zunächst (1888)[2]) als Urtheilsformel, daß die Klage bei Leistung des Eides über die Klagforderung durch den Kläger[3]) „auf Grund der zur Kompensation gebrachten Gegenforderung", bei Nichtleistung des Eides „ohne Rücksicht auf die Gegenforderung" abgewiesen werde. Als Begründung wird bemerkt, ein Urtheil, das die Klage — ohne Beweiserhebung — mit der Motivirung abweise, daß jedenfalls die Kompensationseinrede begründet sei, und man dahingestellt sein lassen könne, ob dem Kläger die Klagforderung zustehe, beschwere den Beklagten, der doch „wissen müsse, ob seine Forderung getilgt sei oder nicht". Inwiefern der mögliche Wunsch des Beklagten, zu wissen, ob seine einredeweise vorgebrachte Gegenforderung getilgt oder nicht getilgt sei, den Richter zu bestimmen habe, daß er Beweis über die Entstehung der Klagforderung erhebe, unterläßt Meyer zu erörtern; ein Beklagter, der um nichts Anderes als Klagabweisung bittet, muß durch eine erfolgende Klagabweisung in seinen Wünschen und Interessen voll be-

---

1) Blätter für Rechtspfl. in Thüringen und Anhalt, N. F. Bd. 24 S. 33 (1897).

2) Anleitung zur Prozeßpraxis. Zweite Aufl. S. 146, 147.

3) Hier wäre es wohl natürlicher: „der Beklagte" zu setzen in der Unterstellung, daß der Beklagte den ihm über die Klagthatsachen zugeschobenen Eid angenommen hat. Nur in dem seltenen Fall der Zurückschiebung des Eides oder im Falle des richterlichen Eides käme der Kläger zum Schwure. Die Eidesfolgen wären dann auch umzudrehen.

friedigt sein; er hat Weiteres in diesem Prozesse nicht zu erfahren, wenn er nicht eine Widerklage anstellt. Später (1893) fügt Meyer erläuternd hinzu,[1]) es sei unzulässig, die Klage abzuweisen, indem man es dahingestellt sein lasse, ob sie begründet sei oder ob ihr eine andere Einrede (der Zahlung, Verjährung) — neben der Kompensationseinrede — entgegenstehe; aufrechnen könne man nur mit[2]) einer bestehenden Forderung; wenn der Beklagte die Klage bestreite, wolle er nur eventuell kompensiren. Man müsse also immer prüfen, ob die Klage begründet und liquide sei, und ob sie nicht durch eine andere Einrede beseitigt werde. Erst sobald man dahin komme: an sich muß Beklagter zahlen, könne man zu einer Prüfung der Gegenforderung kommen. Wenn einer Forderung des Klägers zum Betrage von 1500 M., die noch des Beweises bedürfe, eine liquide Gegenforderung von 1500 M. im Wege der Kompensation opponirt werde, so stehe schon fest, daß es jedenfalls zur Abweisung der Klage kommen werde. Dennoch sei der Beweis über die Klage zu erheben. In den Gründen werde dann gesagt, ob die Klage ohne Rücksicht auf die Gegenforderung abgewiesen werde (diese also noch bestehe), oder ob sie nur wegen Aufrechnung mit der Gegenforderung abgewiesen werde. Demgemäß faßt Meyer die Formel eines Eidesurtheis, wie oben mitgetheilt, giebt ihr aber den dort fehlenden Zusatz: „die Kosten fallen dem Kläger in jedem Falle zur Last."

Hiergegen ist zu bemerken: einen Prozeß, in welchem der Richter erst dann zu einer Prüfung der Einrede gelangen könne, wenn er — nöthigenfalls im Wege eines Beweisverfahrens — festgestellt habe, daß der Beklagte, abgesehen von der Einrede, zahlen müsse, giebt es nach unsern Gesetzen nicht. Wer so verfahren wollte, hätte z. B., wenn auf einen Eid über die Klagforderung zu erkennen wäre, ein Eidesurtheil unter Beiseitelassen der Gegenforderung zu fällen, und von der Leistung des Eides die Klagabweisung, von der Nichtleistung des Eides die Feststellung der Klagforderung (oder etwa gar die Verurtheilung zur Zahlung?) abhängig zu machen, gleichzeitig aber weiteren Termin zur Verhandlung über die erst nach verweigertem Eide in Betracht kommende Einrede der Aufrechnung zu bestimmen; im nunmehr fortgesetzten Prozesse

[1]) a. a. O. 3. Aufl. Seite 169.

[2]) soll bedeuten: gegenüber.

wäre dann bei unstreitiger Gegenforderung das erste Urtheil, wie in den Fällen des § 136 C.PO.,[1]) aufzuheben, bei streitiger Gegenforderung aber möglicherweise ein zweites Eidesurtheil zu erlassen.[2]) Dahin führt mit Nothwendigkeit die von Meyer gegebene Regel, zur Prüfung der Gegenforderung dürfe man erst schreiten, sobald entschieden sei, der Beklagte habe an sich zu zahlen. Dann müßte auch bei streitiger Gegenforderung der Klagbeweis und dessen Würdigung der Anordnung und Erhebung des Einredebeweises vorausgehen, so daß auch in solchen Prozessen getrennt über Klage und Einrede zu erkennen wäre.

Von alledem ist das Gegentheil geltenden Rechtes: ein Beweisverfahren über streitige Klagthatsachen ist erst einzuleiten, wenn feststeht, daß eine unbestrittene Einrede dem Beklagten nicht ohne Weiteres zum Siege verhilft, und eine Beweisauflage über Einredebehauptungen darf nicht von vorausgegangener Würdigung des über Klagbehauptungen eingeleiteten Beweisverfahrens abhängig gemacht werden.[3])

Sodann läßt Meyer auch in der neuesten Auflage der Anleitung zur Civilpraxis[4]) und in einem kurzen Aufsatze des Archivs für civilistische Praxis[5]), der unsere Streitfrage behandelt, unerörtert, wie es gerechtfertigt werden soll, daß ein Kläger, der den einzigen behufs Entscheidung über seine Klage auferlegten Beweis erbringt, zur Hauptsache abgewiesen und noch dazu in die Kosten auch des Beweisverfahrens verurtheilt wird.

An den zitirten Stellen sagt Meyer weiter, „es lasse sich nicht anders machen, als daß man solchenfalls ausnahmsweise[6]) diesen Theil der Gründe in die Formel bringe".

Der letztere Satz ist für uns von besonderem Werthe, weil darin das gesunde Gefühl zum Ausdruck kommt, daß das, was als Urtheilsformel vorgeschlagen wird, etwas Sonderbares ist. Gesetzt, der nämliche Eid würde durch Beweisbeschluß statt durch Urtheil auf-

---

[1]) Siehe oben Seite 49.

[2]) Beispiele solchen Verfahrens, überhaupt der fehlerhaften Behandlung „eventuell" vorgebrachter Einreden, s. im Beilageheft unter XI und XII.

[3]) Vergl. oben Seite 27 ff.

[4]) Vierte Aufl. S. 190, 191 (1896).

[5]) Bd. 85 S. 148 bis 153 (1895).

[6]) Prozeßpraxis 4. Aufl. S. 191; 3. Aufl. S. 170.

erlegt, so ist klar, daß Meyer bei Leistung wie bei Nichtleistung desselben schwerlich anders als einfach auf Abweisung der Klage erkennen würde, ohne einen Entscheidungsgrund in die Formel aufzunehmen; denn aus den Gründen erhellt ja zur Genüge, daß in einem die Klagabweisung mit Rücksicht auf die Kompensationseinrede, im anderen wegen Beweisfälligkeit des Klägers erfolgt. Die Formel des Urtheils kann aber doch nicht dadurch beeinflußt sein, ob ein Eid durch Beweisbeschluß oder durch Urtheil erfordert wird. Auch sahen wir oben,[1]) daß an sich die Urtheilsformel die nämliche sein muß, mag eine Klage auf Grund einer Einrede oder wegen Beweisfälligkeit des Klägers abgewiesen werden; die Entscheidungsgründe des Urtheils geben die genügende Erläuterung. Das würde ebenso von einer Formel gelten, welche ohne „ausnahmsweise" Aufnahme der Entscheidungsgründe die Klage bei Leistung wie bei Nichtleistung des von Meyer für erforderlich erklärten Eides abwiese; denn Niemand könnte darüber im Zweifel sein, daß die Abweisung nach Leistung des Eides eine andere materielle Bedeutung habe, als die Abweisung nach Verweigerung des Eides. Sachlich enthält also die von Meyer vorgeschlagene Formel dasselbe, wie diejenige Formel, welche ohne Weiteres auf Klagabweisung lautet, mag der Eid geleistet oder mag er verweigert werden. Nur weil die Unhaltbarkeit einer solchen Formel allzusehr in die Augen springt, machen Meyer und diejenigen, welche mit ihm denselben Weg einschlagen, den Versuch, der Formel durch Einschaltung der Entscheidungsgründe die Unhaltbarkeit zu benehmen. Aber nur äußerlich wirkt dieser Versuch. Denn soll ihrem inneren Wesen nach die Formel bedeuten, daß materiell anders zu erkennen ist, wenn der Eid geleistet, und anders wenn er verweigert wird, so darf das Endziel des Urtheils nicht gleichmäßig auf „Klagabweisung" gerichtet sein, vielmehr muß diese materielle Verschiedenheit des Endziels dadurch zum Ausdruck kommen, daß in der Formel das Endziel als ein doppeltgestaltetes erscheint. Durch die Einfügung verschiedener Entscheidungsgründe in die Formel wird dies nicht erreicht. Insofern trifft das, was mittels der Formel Meyer's ausgesprochen wird, weder das, was Meyer nach der Urtheilsbegründung feststellen will, noch das, was seiner Meinung nach die Parteien festgestellt haben wollen. Dies könnte nur einerseits die Beweisfälligkeit betreffs der

[1]) Seite 132.

Hauptforderung, andererseits die Tilgung (das Nichtmehrbestehen) der Gegenforderung sein. Darauf muß (sofern der Kläger sachgemäßen Antrag stellt) die Doppelgestaltung der Formel gerichtet werden, und sie wird es, wenn nach unserem Vorschlage einerseits an die Eidesleistung die Klagabweisung, andererseits an die Eidesweigerung die Feststellung des Nichtmehrbestehens der Gegenforderung geknüpft wird. Daß es sich also „anders" als Meyer will, „machen läßt", dürfte durch unsere Untersuchung bewiesen sein.[1]) Der einzige Grund, den Meyer für seine Ansicht anführt, die Aufrechnung setze das Bestehen der Hauptforderung voraus, ist oben[2]) widerlegt: Meyer verkennt die Existenz und die Wirkung einer Eventualaufrechnung. Wenn er endlich die Befugniß des Gerichts bestreitet, ohne Beweisauflage die Klage abzuweisen, „weil die bloße Existenz einer Gegenforderung den Klaganspruch nicht beseitige", so hat noch Niemand eine solche Beseitigung der Klagforderung durch die bloße Existenz der Gegenforderung behauptet. Des Beklagten Einrede stützt sich keineswegs auf „die bloße Existenz" der Gegenforderung, sondern sie stützt sich auf den vom Beklagten erklärten Willen mit der Gegenforderung aufzurechnen, freilich nur für den Fall, daß die Klagforderung begründet sei. Es liegt also viel mehr vor als die Existenz der Gegenforderung; die Eventualaufrechnung ist immer eine Aufrechnung, auch solange die Frage noch der Entscheidung harrt, ob die Hauptforderung besteht.

Im Wesentlichen denselben Standpunkt, wie Meyer, vertritt Daubenspeck unter Heranziehung der Begründung, auf die sich Meyer bei seiner ersten Erörterung stützte. Es sei, führt er aus, zwar:[3]) „überflüssig, den Klaganspruch festzustellen, wenn eine Einrede zur Abweisung geführt hat". Eine Ausnahme müsse aber bei der Kompensationseinrede gemacht werden, da eine Aufrechnung nur dann denkbar sei, wenn feststehe, daß die aufrechnenden Personen wechselseitig Gläubiger und Schuldner sind. Da die Einrede immer einen eventuellen Charakter habe, sei es unstatthaft zu sagen: die Erörterung der Klagforderung könne unterbleiben, weil

[1]) Die von Meyer im Archiv f. civ. Pr. mitgetheilten Gründe der Gegner, anscheinend der Dissentienten des Oberlandesgerichts Breslau, stimmen im Wesentlichen mit den Ausführungen dieser Schrift überein.

[2]) Siehe Seite 138 ff.

[3]) Referat, Votum und Urtheil, 5. Aufl. Seite 146, 6. Aufl. Seite 165.

dem Beklagten eine Gegenforderung zustehe, die jene in allen Fällen übersteigt". Hierbei bezeugt auch Daubenspeck, daß man „nicht selten" solche Ausführungen in den Urtheilen der Gerichte finde.

Die Schwierigkeiten, die dadurch entstehen, soll dann der von Fuchs besprochene Fall[1]) darthun.

Aber Daubenspeck selbst erklärt diesen Fall für unrichtig entschieden, weil der zweite Richter die Gegenforderung als definitiv aufgerechnet angenommen habe, während sie nur unter der Bedingung der Existenz der Hauptforderung aufgerechnet sei. Dem zweiten Richter empfiehlt Daubenspeck, das von uns als richtig vertheidigte Urtheil des ersten Richters auf Grund des § 501 C.P.O. aufzuheben und die Sache in die erste Instanz zurückzuweisen, weil es „an einem wesentlichen Mangel des Verfahrens leide". Der wesentliche Mangel soll darin liegen, daß das erste Gericht „nur (?) über einen Anspruch erkannt hat, über den eine Entscheidung noch gar nicht begehrt sei". Wenn man dies nicht thue, „bleibe nur übrig", sofern der Klaganspruch von einem Eide abhänge, den Klagabweisungsgrund in die Urtheilsformel aufzunehmen. Damit gelangt Daubenspeck zu demselben Eideserkenntniß, welches von Meyer formulirt wird. Diese ganze Erörterung ergiebt, wie sehr auch Daubenspeck das Mißliche eines solchen Erkennisses empfindet.

Wären Meyer und Daubenspeck im Rechte, so hätte die von ihnen empfohlene eigenthümliche Urtheilsformel auch in Prozessen Platz zu greifen, bei denen der illiquiden Klage eine illiquide Gegenforderung opponirt und der Eid beiderseits zugeschoben und angenommen ist. In solchen Prozessen muß die Urtheilsformel, wenn das Gericht von der Trennungsbefugniß des § 136 C.P.O. keinen Gebrauch macht, nach richtiger Ansicht lauten:

„1. der Beklagte hat zu schwören:
(folgt der Eid über die Negative des Klaggrundes),
2. für den Fall der Nichtleistung dieses Eides hat der Kläger zu schwören:
(folgt der Eid über die Negative des Grundes der Gegenforderung);

leistet der Beklagte den Eid unter 1 oder verweigert nicht blos der Beklagte den Eid unter 1, sondern auch der Kläger den Eid unter 2, so wird Kläger kostenfällig abgewiesen,

[1]) Siehe oben Seite 198 ff.

verweigert der Beklagte den Eid unter 1 und leistet der Kläger den Eid unter 2, so wird der Beklagte kostenfällig zur Zahlung von . . . verurtheilt."

In den Entscheidungsgründen ist dann auszuführen:

„Da das den Gegenstand der Klage bildende Darlehn, wie der den Gegenstand der Kompensationseinrede bildende Kauf laut der Verhandlungen auf den Schiedseid des Gegners gestellt ist, so war sowohl auf den Eid über den Klaggrund als über den Grund der Einrede zu erkennen. Der Eid des Klägers über die Gegenforderung erscheint nur von Erheblichkeit, wenn durch Verweigerung des über die Klagforderung angenommenen Eides die Existenz der Klagforderung bewiesen ist; denn nur dann kommt es, um die Verurtheilung des Beklagten abzuwenden, überhaupt auf die Gegenforderung an, während ohne Rücksicht auf die Gegenforderung Klagabweisung einzutreten hat, sobald durch Leistung des Eides, daß das eingeklagte Darlehn nicht gegeben sei, das Mißlingen des Klagebeweises feststeht. Der Sieg des Klägers hängt also davon ab, daß der Eid über die Nichtentstehung der Klagforderung verweigert und der Eid über die Nichtentstehung der Gegenforderung geleistet wird.

Ob bei eintretender Abweisung des Klägers das Mißlingen des Klagebeweises oder bei Gelingen des Klagebeweises das Gelingen des Einredebeweises den Grund der Klagabweisung zu bilden hat, hängt nach Maßgabe obiger Entscheidungsgründe von der demnächstigen Leistung oder Nichtleistung der auferlegten Eide ab."

Schwerlich dürften Meyer und Daubenspeck in Fällen dieser Art anders verfahren, und schwerlich dürfte sich ein Gericht finden, das seiner Urtheilsformel in derartigen Fällen einen Ausspruch einfügte, der sich über die eingetretene Aufrechnung oder über die eingetretene klägerische Beweisfälligkeit ausspräche. Das müßte aber geschehen, wenn die von jenen beiden Autoren bei liquider Gegenforderung empfohlene Formel zu billigen wäre.

Nicht blos diese Konsequenz, sondern noch die weitere, daß überhaupt bei vorgeschützter Kompensationseinrede die Urtheilsformel sich über die erfolgte oder nicht erfolgte Aufrechnung aussprechen müsse, scheint darum auch der neueste Nachfolger Meyer's, Unger (Oberlandesgerichtsrath zu Jena), herauszufühlen. Er schließt sich Meyer und Daubenspeck darin nicht an, daß es sich bei Eidesurtheilen in Fällen liquider Gegenforderung und illiquider Haupt-

forderung ausnahmsweise „nicht anders machen lasse", als die Entscheidung über die erfolgte oder nicht erfolgte Aufrechnung der Urtheilsformel einzuverleiben. Vielmehr geht Unger — in richtiger Erkenntniß, daß eine solche „Ausnahme" nicht zu rechtfertigen wäre — einen erheblichen Schritt weiter und leitet aus § 293 Abs. 2 allgemein den Satz her, daß in Prozessen, in welchen überhaupt eine Kompensationseinrede geltendgemacht wird, die Urtheilsformel ergeben müsse, ob und wie über die Kompensationseinrede erkannt sei. Ja, er behauptet sogar, daß ganz abgesehen von Kompensationseinreden jede Urtheilsformel „den rechtskräftigen Inhalt der Entscheidung mit wenigen Worten kennzeichnen müsse". Wäre dies richtig, dann würden allerdings die von Meyer und Daubenspeck vorgeschlagenen Urtheilsformeln ihr Bedenkliches verlieren. Da die von Unger empfohlene Fassung der Urtheilsformel sich aber als unrichtig erweisen läßt und auch kaum irgendwo in deutschen Landen von den Gerichten befolgt wird, so bietet die Ausführung Unger's gerade darum Interesse, weil sie klar legt, auf welchen Abweg die Meinung Meyer's und Daubenspeck's hinführt.

Die von Unger für die Prozesse, in denen eine Kompensationseinrede geltendgemacht wird, vorgeschlagenen Urtheilsformeln lauten:

„die auf Verurtheilung zur Zahlung von 100 M. gerichtete Klage wird ohne Entscheidung über die Einrede der Abrechnung abgewiesen",

oder

„der Beklagte wird unter Abweisung des zur Aufrechnung geltendgemachten Gegenanspruchs auf . . . verurtheilt",

oder

„die auf . . . gerichtete Klage wird an sich als begründet erachtet, jedoch wegen Tilgung der eingeklagten Forderung durch Aufrechnung der Gegenforderung von . . . abgewiesen."

In Fällen der Verurtheilung aus einem persönlichen Anspruch soll nicht schlechthin zur Zahlung, sondern „zur Zahlung von 1000 M. Kaufpreis aus dem Pferdekaufvertrag der Parteien vom 1. Oktober 1894" verurtheilt, in Fällen der Klagabweisung soll nicht die Klage schlechthin, sondern „die Klage auf Auflassung des Grundstücks ꝛc. des Beklagten aus dem angeblichen Tauschvertrag der Parteien vom 1. November 1894" abgewiesen werden. Danach müßte konsequent auch in der Formel zum Ausdruck kommen, ob die Klage etwa

wegen Beweisfälligkeit des Klägers oder wegen fehlender rechtlicher Begründung oder auf Grund eingestandener bezw. dargethaner Einrede abgewiesen werde. Weder das Eine noch das Andere ist zu billigen.

Für die Aufrechnungseinrede sucht Unger die vorgeschlagenen Formeln durch Berufung auf § 293 C.P.O. und auf den Satz zu vertheidigen, es sei eine durch nichts zu rechtfertigende Vergeudung der Zeit derjenigen, welche sich später über den rechtskräftigen Inhalt des Urtheils zu unterrichten Anlaß haben, wenn man sie, anstatt diesen Inhalt mit wenigen Worten in der Formel zu kennzeichnen, zur Durchlesung einiger Bogen Thatbestand oder Begründung nöthige.

Dieser Satz ist, soviel bekannt, noch von Niemandem ausgesprochen; er ist auch sehr bedenklich und widerstreitet der Prozeßordnung. Die Vorgeschichte des § 293 ergiebt, daß der Gesetzgeber die Entscheidung über die Gegenforderung gerade in die Gründe und nicht in die Urtheilsformel verwiesen sehen wollte. Der Satz des § 284 C.P.O.: „das Urtheil enthält . . . 4. die Entscheidungsgründe, 5. die von der Darstellung . . . der Entscheidungsgründe äußerlich zu sondernde Urtheilsformel“, giebt nur wieder, was in ihrer Sprache die preuß. A.G.O. Thl I Tit. 13 § 88 mit den Worten ausdrückte: „Die Urtelsfasser müssen sorgfältig Acht geben, daß überall die wirkliche Entscheidung und deren Gründe deutlich von einander unterschieden und nicht etwas, das zu der ersten gehört, in die letztere, noch auch umgekehrt mit eingemischt werde, indem bloße Entscheidungsgründe niemals die Kraft eines Urtels haben sollen“.

Die Urtheilsformel dient also lediglich dazu, die aus den Gründen folgende klare und bestimmte Antwort auf die Frage zu geben, welche der Richter dem Kläger auf dessen Klagbitte schuldet. Erläuternd kommen die von der Formel getrennt zu haltenden Gründe in Betracht. Darum ist der Umfang der Rechtskraft des Urtheils meist nur durch die eingehendste Prüfung des gesammten Urtheils feststellbar; er läßt sich überhaupt nicht erschöpfend durch die Urtheilsformel ausdrücken, sonst müßten Thatbestand und Gründe einfach in der Formel wiederholt werden. Jede Art der Wiederholung, namentlich aber die gekürzte Wiederholung, wie sie Unger empfiehlt, trüge die große Gefahr in sich, daß die „Entscheidungsgründe“ und deren Auszug in der Urtheilsformel nicht im Einklang

ständen. Eine solche Gefahr will gerade die scharfe Trennung der Urtheilsformel von den Urtheilsgründen ausschließen. Es ist ein vergebliches Bemühen, dem Richter, der den Umfang der Rechtskraft eines Urtheils zu prüfen hat, die Durchlesung des Urtheils ersparen zu wollen.[1]) Entscheidungsgründe gehören ein- für allemal nicht in die Urtheilsformel. Wenn eine Klage abzuweisen ist wegen Beweisfälligkeit des Klägers oder wegen einer für durchgreifend anerkannten Einrede, so hat die Formel sich darauf zu beschränken, „die Klage abzuweisen", und lediglich in die Entscheidungsgründe gehört die Bemerkung, daß die Abweisung wegen der Beweisfälligkeit des Klägers oder wegen der als begründet erkannten Einrede erfolge. Die preußischen Gerichte vermeiden so ängstlich, in die Formel etwas aufzunehmen, was wie ein Entscheidungsgrund aussieht, daß sie es z. B. durchgängig ablehnen, einen Beklagten zur Zahlung von 100 „aus Darlehn vom . . ." oder „aus Kauf vom . . ." zu verurtheilen, weil darin eine unstatthafte Aufnahme von Entscheidungsgründen in die Formel liege. Den Beweis, daß überhaupt oder daß wenigstens bei bestrittener Hauptforderung und unbestrittener Gegenforderung anders verfahren werden müsse oder auch nur dürfe, sind diejenigen schuldig geblieben, welche eine solche Behauptung aufstellen und zur Stütze ihrer Behauptung sich darauf beschränken zu sagen: „dem Richter sei die Zeit der Durchlesung von Thatbestand und Gründen bei Prüfung des Umfangs der Rechtskraft eines Erkenntnisses zu ersparen", oder „es lasse sich in Fällen streitiger Klagforderung und unstreitiger Gegenforderung nicht anders machen", „es bleibe nichts Anderes übrig".

Im Kompensationsprozesse hat die Liquidität der Einrede bei Illiquidität der Hauptforderung keine andere Folge, als in allen übrigen Prozessen.

Ein Eidesurtheil, welches für den Fall der Leistung wie der Nichtleistung des Eides die Abweisung der Klage ausspricht, verletzt

---

[1]) Vergl. v. Wilmowski und Levy zu § 293 C.P.O. Note 4. Dort wird außerdem richtig hervorgehoben, daß es in Abs. 2 des § 293 ausdrücklich hätte gesagt werden müssen, falls anomal zur Wirkung des Abs. 2 eine Aufnahme der Entscheidung über die Gegenforderung in den Tenor nöthig sein sollte. (Wie freilich dieser Tenor bei streitiger, durch Eid zu beweisender Hauptforderung lauten soll, wenn die Gegenforderung unstreitig ist, darüber sprechen sich v. Wilmowski und Levy nicht aus.)

den wichtigen und ausnahmslos geltenden Prozeßgrundsatz, daß ein unnützer Eid nicht auferlegt werden darf. Der Eid ist unnütz, sobald an seine Leistung dieselbe Rechtsfolge geknüpft wird, wie an seine Nichtleistung. In der Klagabweisung, wenn der Eid geleistet wird, und in der Klagabweisung, wenn der Eid nicht geleistet wird, liegt aber ein Ausspruch derselben Rechtsfolge, mag die Begründung der Abweisung in dem ersten Falle anders lauten, als im zweiten. Daß im Falle der Eidesleistung die Klage wegen Beweisfälligkeit des Klägers hinsichtlich der Existenz der eingeklagten Forderung abgewiesen wird, während im Falle der Eidesverweigerung die Abweisung erfolgt wegen kompensationsweis eingetretener Tilgung der eingeklagten Forderung, ändert nichts am Charakter des Erkenntnisses als eines klagabweisenden. Ein solcher auferlegter Eid hat nur Bedeutung für die Entscheidungsgründe und für den Umfang der Rechtskraft des Urtheils, wie er durch die Entscheidungsgründe fixirt wird. Um dem Urtheile möglicher Weise eine umfangreichere Wirkung seiner Rechtskraft beizulegen, dürfen Eide nicht auferlegt werden. Das verbietet der Grundsatz des § 272 C.P.O. Der Richter greift fehl, wenn er ohne Eidesauflage endlich erkennen kann, aber gleichwohl einen Eid auferlegt, weil er sich sagt, daß er durch Leistung des Eides in die Lage komme, das zwischen den Parteien bestehende Rechtsverhältniß in ausgedehnterem Maße festzustellen, als er es feststellen würde, wenn er erkenne, ohne eine Eidesleistung zu fordern.

Der Richter hat die Pflicht, das in seiner Rechtskraft minder weit tragende Urtheil, sobald die Verhandlung dazu reif ist, auszusprechen, nicht aber ein Beweisverfahren einzuleiten, weil er möglicher Weise durch dies Beweisverfahren demnächst in die Lage kommt, ein in seiner Rechtskraft weiter tragendes Urtheil zu fällen.

Wer bei illiquider Klagforderung und liquider Gegenforderung die Nothwendigkeit der Auflage eines über die Klagforderung zu normirenden Eides behauptet, kann, wenn er anders folgerichtig verfährt, nur zu einem Eidesurtheile gelangen, das schlechthin für den Fall der Eidesleistung und ebenso für den Fall der Eidesverweigerung „Abweisung der Klage“ in Aussicht stellt.

Eine solche Urtheilsformel muß derjenige, welcher die Eidesauflage verlangt, nicht blos für materiell, sondern nach den geltenden Prozeßgrundsätzen auch für formell richtig gefaßt anerkennen. Der Versuch,

durch Umgestaltung der Urtheilsformel dem Vorwurf zu entgehen, ein Eidesurtheil erweise sich als unmöglich und unhaltbar, das die nämliche Rechtsfolge für den Fall der Leistung wie der Nichtleistung des Eides androhe, bringt einen Zusatz in die Urtheilsformel hinein, der an der materiellen Entscheidung allerdings nichts ändert, aber prozessualisch fehlerhaft ist. Zur Vertheidigung dieses abnormen Zusatzes wird wohl auch noch ausgeführt: Sachlich sei die einfache Klagabweisung in der Urtheilsformel, möge der Eid geleistet oder nicht geleistet werden, das Nämliche, wie die Abweisung „wegen Beweisfälligkeit" (für den Fall, daß der Eid geleistet werde) und wie die Abweisung „wegen kompensationsweiser Tilgung der Klagforderung" (für den Fall, daß der Eid nicht geleistet werde); aber um das Verständniß des Urtheils den Parteien (in der Regel Nichtjuristen) zu erleichtern, empfehle sich, ihnen in der Urtheilsformel ausdrücklich zu sagen, daß die Klagabweisung im Falle der Eidesleistung eine Abweisung wegen Beweisfälligkeit des Klägers, die Klagabweisung im Falle der Nichtleistung aber eine Abweisung auf Grund der Kompensationseinrede bedeute. Diese an sich völlig zutreffende Motivirung ist charakteristisch; sie legt schlagend dar, daß die Urtheilsformel, die sich schlechtweg auf Klagabweisung beschränkt, materiell nichts Anderes enthält, als die Formel, die den Grund der Abweisung in sich aufnimmt. Der prozessualische Verstoß liegt aber gerade in dieser Aufnahme des Abweisungsgrundes.

Ein Eidesurtheil, das zu seinem Verständniß einer Wiederholung der Entscheidungsgründe in der Formel bedarf, legt eben dar, daß es ein Eidesurtheil ist, dessen Eid um der Entscheidungsgründe, nicht um der materiellen Entscheidung willen gefordert wird. Steht fest, daß eine Klagbitte unbegründet ist, so muß die Klagabweisung erfolgen in dem Momente, in welchem dies feststeht. Hinter diesen Moment noch eine Beweisverhandlung und damit möglicher Weise eine Eidesabnahme zu legen und von ihr abhängig zu machen, aus welchem Grunde klagabweisend zu erkennen sei, ist ein prozessualischer Mißgriff. Beide Parteien sind durch ihn beschwert. Der Kläger hat dadurch, daß der Beklagte eine von ihm, dem Kläger, zugestandene Gegenforderung vorschützt, bereits erfahren, daß er die von ihm erbetene Verurtheilung des Beklagten zur Zahlung nicht verlangen kann; das genügt ihm; eine Bitte, das Nichtmehrbestehen der

Gegenforderung festzustellen, erscheint ihm überflüssig; daß ihm die Klagforderung zusteht oder daß sie ihm nicht zusteht, ist ihm vielleicht so klar, daß er nicht das mindeste Interesse daran hat, deshalb ein Beweisverfahren eröffnet zu sehen. Der Eid über die Entstehung der Klagforderung ist für ihn daher in gewissen Fällen ein unnützer Eid. Und der Beklagte fühlt sich beschwert, weil er, obwohl bereits feststeht, daß die Klagbitte abgewiesen wird, daß er also unbedingt siegt, doch noch einen Eid leisten soll, ehe ihm dieser Sieg zuerkannt wird. Auch er ist in Betreff der Klagforderung seiner Sache sicher; auch er weiß — ohne daß erst darüber ein Beweisverfahren stattfinden müßte — mit völliger Bestimmtheit, ob die Klagforderung entstanden ist oder nicht, weshalb soll er darüber noch einen Eid schwören? Der Eid ist in solchen Fällen auch ihm ein unnützer Eid; der Beklagte verlangt weder die Feststellung des Nichtbestehens der Klagforderung, noch verlangt er widerklagend die eventuelle Verurtheilung des Klägers zur Zahlung der Gegenforderung; er verlangt nichts als die bereits als nothwendig feststehende Abweisung des Klägers; gleichwohl wird ihm zu schwören angesonnen, daß die Klagforderung nicht bestehe.

Auch noch ein anderer Versuch ist gemacht worden, vor Eingehen auf die eventuell geltend gemachte Kompensationseinrede erst festzustellen, ob der Kläger etwas zu fordern habe. In einem Falle, in dem es sich um eine principaliter vorgeschützte Verjährungseinrede und um eine eventualiter vorgeschützte Kompensationseinrede handelte, führten die vom Referenten vorgeschlagenen Entscheidungsgründe aus:

„Der Kompensationseinwand ist nur eventuell geltend gemacht, nur für den Fall, daß eine Klagabweisung aus anderen Gründen nicht erfolgen sollte. Die Erklärung des Beklagten, mit seiner Forderung aufrechnen zu wollen, tritt also vorliegend erst in Wirksamkeit,

sobald durch Eidesleistung des Klägers der Einwand der Verjährung hinfällig gemacht ist. Sind die gesetzlichen Voraussetzungen für die Aufrechnung vorhanden, so wirkt dann deren Erklärung dahin, daß Klag- und Gegenforderung mit dem Augenblicke, in welchem beide Forderungen sich gegenübertreten, für erloschen zu erachten sind."

Demgemäß wurde Eidesurtheil in Betreff des Entstehens der

Hauptforderung beantragt und je nach Leistung oder Nichtleistung des Eides die Klagabweisung oder die Fortsetzung des Prozesses durch Eingehen auf die Gegenforderung in Aussicht gestellt. Eine solche bereits oben[1]) als die Folge der Ansicht Meyer's dargelegte Prozedur zeigt besonders deutlich, wohin die Verkennung der wahren Bedeutung einer Eventualaufrechnung führt. Der Prozeß soll sich zufolge des Geltendmachens einer eventuellen Kompensation geradezu in zwei Theile zerspalten. Nicht etwa hat der Richter die Gegenforderung als inkonnex, wie es ihm der § 136 C.P.O. gestattet, zu getrennter Verhandlung verwiesen, nein, er glaubt, auch wenn die Gegenforderung konnex ist, erst über die primäre Einrede Beweis erheben und über sie erkennen zu müssen, ehe er überhaupt nur zur Prüfung der eventuellen Einrede und der Frage kommt, ob ein Beweisverfahren über die Gegenforderung geboten ist. Ein solches Verfahren, das alle die empfehlen müssen, welche vor Eintritt in die Prüfung der Kompensationseinrede erst festgestellt haben wollen, ob der Beklagte aus der Hauptforderung zu zahlen habe,[2]) verstößt zunächst gegen den Grundsatz, daß der Beweisbeschluß von vornherein alle beweisbedürftigen Thatsachen umfassen muß.[3]) Dann aber ist das Verfahren fehlerhaft, weil es eventuell von der Partei vorgebrachte Antragsbegründungen mit eventuell gestellten Anträgen verwechselt.[4]) Wäre dies Verfahren richtig, so müßte es bei jeder „eventuellen" Einrede eingehalten werden. Das hieße aber Prozeßmonstra schaffen, es hieße in Kompensationsfällen der Partei das Recht geben, alle ihre sonstigen Einreden neben der vorgeschützten Kompensationseinrede zu prozeßhindernden Einreden zu machen, was den §§ 247, 248 C.P.O. widerstreitet, vor Allem hieße es das Gegentheil von dem thun, was § 272 C.P.O. vorschreibt.

Endlich ist noch die Frage von besonderer Bedeutung, wie bei den von Meyer, Daubenspeck und Unger vertheidigten Eideserkenntnissen die Kostenlast zu vertheilen ist, wenn nach erhobenem Beweise über die streitige Hauptforderung die Klage auf Grund der unstreitigen Kompensationseinrede abgewiesen wird.

---

[1]) Seite 206. 207.

[2]) Vergl. z. B. oben Seite 150. 177.

[3]) Siehe oben Seite 27.

[4]) Siehe oben Seite 18.

Diejenigen, welche bei liquider Gegenforderung und illiquider Hauptforderung über die letztere Beweis erhoben wissen wollen, sprechen sich leider meist über die Kostenfrage ebenso wenig aus, wie über die Frage der Formulirung des Urtheils, wenn dasselbe ein Eidesurtheil ist. Aber auch diejenigen Stimmen, welche ein Eidesurtheil jener sonderbaren Art vertheidigen, schweigen fast ausnahmslos über die Kostenfrage; so auch Daubenspeck und Unger; denn das von ihnen formulirte Urtheil sagt in den darin festgesetzten Folgen der Eidesleistung oder Eidesverweigerung nichts über die Kosten. Nur Meyer verfährt anders, indem er laut des von ihm gewählten Beispieles eines Eidesurtheils dem Kläger jedenfalls, mag der Eid geleistet oder nicht geleistet werden, die Kosten auferlegt, und ebenso liegt es wohl im Sinne des Seite 189 citirten Reichsgerichtsurtheils, daß der Kläger, möge der Eid über die Klagthatsachen geleistet oder nicht geleistet werden, als unterliegender Theil die Kosten zu tragen haben soll.[1])

Der Ausspruch über die Kosten ist ein wichtiger, für die Partei, welcher die Kostenlast zufällt, recht empfindlicher Theil der Entscheidung. Greift in diesem Punkte der Richter sachlich fehl, so begeht er eine Ungerechtigkeit, und gebricht es an einem Mittel, diese Ungerechtigkeit durch anderweite Fassung des Urtheils zu verhüten, dann muß die Prozeßleitung und das Urtheil Bedenken erregen.

Ein Urtheil, das durch Auflage eines Eides ausspricht, der Sieg der einen oder der andern Partei hänge von Leistung oder Nichtleistung eines Eides ab, begeht einen Mißgriff, wenn es sowohl für den Fall der Eidesleistung als für den Fall der Eidesweigerung dem Kläger sämmtliche Prozeßkosten aufbürdet. Demnach erzeugt der Fehler einer Beweisverhandlung über die Klagforderung, obwohl die Abweisung der Klagbitte bereits als unabwendbar feststeht, den weitern Fehler einer Verurtheilung des siegreichen Beweisführers in die Kosten jener überflüssigen Beweisverhandlung.

Allerdings hat ein Kläger, dessen Klage an sich begründet ist, sämmtliche Prozeßkosten zu tragen, sobald seine Klage auf Grund einer als durchschlagend angenommenen Einrede abgewiesen wird. Das gilt natürlich auch für die Kompensationseinrede. Niemals hat aber ein Kläger, der die ihm entgegengesetzte Einrede zuge-

[1]) Das Reichsgericht verwies die Sache in die Vorinstanz zurück, erkannte also nicht über die Kosten.

steht und den ihm auferlegten Beweis der streitig gewordenen Klagthatsachen führt, die Kosten des Beweisverfahrens zu tragen. Es kann kaum ein Richter, der, um zur Endentscheidung zu gelangen, über einen einzelnen Punkt Beweis und Eid auferlegt, verkehrter über die Kostenlast befinden, als daß er die für beweispflichtig erklärte Partei, die den verlangten Beweis erbracht hat, in die Kosten des Beweisverfahrens verurtheilt. Das Beweisverfahren hat die Höhe der Kosten verdoppelt; es ist durch das ungerechtfertigte Leugnen des Beklagten herbeigeführt, und die Strafe dieses ungerechtfertigten Leugnens (die Kostenlast bezüglich der Beweiserhebung) soll den daran unschuldigen, im Beweisverfahren siegreichen Kläger treffen!

So zu erkennen empfiehlt Meyer, und so müssen auch Alle erkennen, die bei unstreitiger Gegenforderung eine Beweis- und Eidesauflage über die streitige Hauptforderung für nöthig erachten. Aus einer derartigen unmöglich richtigen Entscheidung über die Kostenfrage folgt, daß die Entscheidung in der Hauptsache nicht das Richtige trifft.

„Die unterliegende Partei hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen", das wird der allgemeine leitende Grundsatz jeder Prozeßordnung sein, wie es der des § 87 C.P.O. ist. Daraus ergiebt sich, daß ein Kläger, der mit seiner Klage abgewiesen wird, mag er ohne vorgängige Beweisaufnahme oder nach solcher Beweisaufnahme abgewiesen werden, in die Prozeßkosten verurtheilt wird. Demgemäß muß auch bei einem Urtheile, das die Klage abweist (mag ein Eid geschworen oder nicht geschworen werden) Kläger bedingungslos zur Tragung sämmtlicher Prozeßkosten verurtheilt werden, und insofern ist gegen das von Meyer vorgeschlagene Urtheil formell nichts, materiell aber desto mehr einzuwenden. Im Prozesse der A.G.O., in welchem jede Berufung auf eine Gegenforderung eine Widerklage enthielt,[1]) konnte eine solche ungerechte Kostenvertheilung, wie Meyer sie vorschlägt, nicht vorkommen; die Berufung auf eine Gegenforderung stand unter denjenigen Kostenbestimmungen, welche für die Widerklagen galten; hatte der Beklagte ohne Grund die Klagforderung bestritten, der Kläger aber die Gegenforderung zugestanden, so traf den Beklagten ein entsprechender Theil der Kosten. Die A.G.O. Thl. I Tit. 23 § 3

[1]) Siehe oben § 4.

gestattet Kostenkompensation, wenn „eine Sache aus Forderungen und Gegenforderungen besteht und bei einigen derselben für den Kläger, bei anderen für den Beklagten erkannt wird"; dabei soll billiges vernünftiges Ermessen entscheiden, je nachdem der eine Punkt ohne große Weitläufigkeit, der andere nur nach weitläufiger kostbarer Instruktion entschieden werden kann. Gegenwärtig sind aber die Vorschriften über die Kostenberechnung bei erhobener Widerklage nicht anwendbar auf eine nur einredeweise geltendgemachte Gegenforderung; der Richter ist gegenüber der bestimmten Vorschriften der §§ 87 ff. C.P.O. und des § 11 des Gerichtskostengesetzes nicht in der Lage, bei Urtheilen, wie sie von Meyer, Daubenspeck und Unger vertheidigt werden, dem Beklagten einen Theil der Kosten aufzubürden: das Gesetz kennt eben solche Urtheile nicht, und es will sie nicht kennen. Nur eine Rückkehr zu dem Standpunkt der A.G.O. könnte hier Wandel schaffen; den dazu nöthigen Schritt hat aber die C.P.O. so wenig wie das Gerichtskostengesetz gethan.

Eine gleiche Verurtheilung des Klägers in die Kosten müssen nach Meyer's Vorgang alle die Schriftsteller und Gerichte vertheidigen, welche im Rahmen des auf Zahlung der Klagforderung gerichteten Antrags ein Beweisverfahren über die illiquide Klagforderung bei liquider Gegenforderung für nöthig halten. Aber mehr kann doch ein Kläger im Prozesse nicht leisten, als daß er den ihm zufolge des gegnerischen verfehlten Bestreitens auferlegten Beweis der Klagthatsachen führt. Und führt er diesen Beweis, so hat nach Meyer und den ihm Gleichdenkenden nicht etwa der unterliegende eidweigernde Gegner, wie zweifellos bei jedem Prozeß, sondern es hat der im Beweisverfahren siegreiche Kläger die Kosten des Beweisverfahrens zu tragen. Das kann nimmermehr Rechtens sein. Wollte man aber im Falle der Eidesweigerung des Beklagten dem Beklagten einen Kostentheil, nämlich die Kosten des Beweisverfahrens, auflegen, so würden dafür die §§ 87 f. C.P.O. keine gesetzliche Grundlage bieten, auch entstünde die Abnormität, daß der Kläger in der Hauptsache (mit seiner Klage) abgewiesen und nebenher der Beklagte in einen Theil der Kosten verurtheilt würde. Eidesauflage und gleichzeitige bedingungslose Verurtheilung des Klägers in die Kosten stimmen nicht zusammen; sie sind ein Widerspruch in sich.

Dieser Widerspruch leitet daraus seinen Ursprung her, daß die Vertheidiger des in seinen praktischen Folgerungen am deutlichsten

von Meyer dargelegten Verfahrens dem Prozesse durch die vermeintlich nothwendige Beweis- und Eidesauflage eine Gestalt gegeben haben, welche — mag der Beweis geführt oder mißlungen sein — den Kläger unter allen Umständen als den unterliegenden Theil erscheinen läßt, während er im Falle des Gelingens des Beweises materiell (nämlich bezüglich des einzigen sachlichen Streitpunktes, des Bestehens der Hauptforderung) der siegreiche Theil ist.

Bei liquider Gegenforderung und illiquider Klagforderung stellt sich nämlich als der wahre Streitpunkt der Parteien die Frage heraus, ob der kompensirende Beklagte den Betrag seiner Gegenforderung vom Kläger noch zu beanspruchen oder ob er ihn nicht mehr zu beanspruchen hat. Darüber, daß der Kläger den Betrag seiner Klagforderung vom Beklagten nicht mehr zu beanspruchen hat, sind beide Theile einig. Ueber den wahren Streitpunkt will auch dasjenige Urtheil entscheiden, welches vorschlägt, den Kläger bei Leistung des Eides wegen Beweisfälligkeit, bei Nichtleistung des Eides auf Grund der Kompensationseinrede abzuweisen. Dieses Urtheil stellt aber nach seiner Fassung in jedem Falle den Kläger als den unterliegenden Theil hin; es bleibt also auch nichts Anderes übrig, als ihm unbedingt die Kosten aufzuerlegen. Giebt man dagegen dem Prozesse und dem Urtheil eine Gestalt, welche dahin führt, das Urtheil genau dem Streite der Parteien entsprechend so zu formuliren, daß bei Leistung des Eides die Gegenforderung als zu Recht bestehend, bei Verweigerung des Eides als nicht mehr bestehend anerkannt wird, so erhellt sofort, daß ersteren Falles der Kläger und letzteren Falles der Beklagte unterliegt, daß also ersteren Falles der Kläger, letzteren Falles der Beklagte in die Kosten des Prozesses verurtheilt werden muß. Und das allein entspricht der Sachlage.

Wenn es richtig wäre, daß bei liquider Gegenforderung Beweis über die illiquide Klagforderung zu erheben sei mit dem Erfolge der Verurtheilung des Beweisführers in die Kosten, mag der Beweis ge- oder mißlingen, so hätten wir es mit einem Prozesse zu thun, in welchem der Beklagte befugt erschiene, die für beweisbedürftig erkannte Klagforderung zu bestreiten, ohne fürchten zu müssen, daß er in die Kosten des seinem Gegner gelingenden Beweises verurtheilt würde. Das wäre eine Privilegierung desjenigen Beklagten, der eine Kompensationseinrede vorschützt, vor allen sonstigen Beklagten; es wäre die Schaffung eines prozessualischen Unikums. Schwerlich

gäbe es dann überhaupt noch einen kompensirenden Beklagten, der es unterließe, die Klagforderung zu bestreiten. Denn jeder kompensirende Beklagte hätte das Bestreiten und die daraus folgende, ihn lebhaft interessirende Beweisführung über die Klagforderung für alle Fälle umsonst; er hätte das sonderbare und beneidenswerthe Recht, eine Beweisführung auf Kosten des Klägers zu verlangen. Allerdings hat es, wie oben gezeigt ist,[1] der Beklagte in der Hand, dadurch eine Beweisführung über die streitige Klagforderung zu erzielen, daß er sich zunächst auf sein Bestreiten der Klagforderung beschränkt und erst nachträglich seine Kompensationseinrede vorbringt, sobald das eingeleitete Beweisverfahren ihn erkennen läßt, daß sein Bestreiten ungerechtfertigt war. Aber bei solchem nachträglichen Vorschützen der Kompensationseinrede riskirt er in die Kosten des von ihm grundlos veranlaßten Beweisverfahrens verurtheilt zu werden; denn das Gericht kann nach § 251 C.P.O. der obsiegenden Partei, welche ihr Vertheidigungsmittel zeitiger geltend zu machen in der Lage war, die Prozeßkosten ganz oder theilweis zur Last legen. Ein ähnliches Risiko trifft nach Ansicht der Gegner denjenigen Beklagten nicht, der mit dem Bestreiten der Klagforderung alsbald das Vorschützen der Kompensationseinrede verbindet. Jedem Gerechtigkeitsgefühl widerstreitet es aber, daß ein Kläger, der den Beweis der ihm mit Unrecht abgestrittenen Klagbehauptungen führt und die vom Gegner vorgebrachten Einredethatsachen alsbald zugesteht, verpflichtet sein soll, das eingeleitete Beweisverfahren zu bezahlen. Die Kostenlast darf ihn, weil seine Klage unbegründet ist, nur treffen, soweit nicht das Beweisverfahren in Frage steht. Auch daraus folgt, daß das Beweisverfahren ein überflüssiges gewesen sein muß.

§ 19. Zusammenstellung der wider die gegnerischen Ansichten bestehenden Bedenken.

Ehe des Näheren der Weg gewiesen wird, wie sich praktisch alle Schwierigkeiten sachgemäß beseitigen lassen, empfiehlt es sich, kurz die Bedenken zusammenzustellen, welche wider die gegnerische Anschauung hervorgetreten sind.

I.

Die Fassung der Urtheilsformel, zu welcher diese Anschauung

[1] Siehe oben Seite 26.

führt, ergiebt — ganz abgesehen von der Urtheilsbegründung — alsbald mannigfache Verstöße gegen allgemeine oberste Prozeßgrundsätze, mag man an ein Eidesurtheil denken, welches schlechtweg die Klagabweisung unter beiden in der Urtheilsformel gestellten Bedingungen androhen oder an ein Eidesurtheil, welches je nach der Eidesleistung oder Eidesweigerung den einen oder den anderen Abweisungsgrund in die Urtheilsformel aufnehmen will. Diese Verstöße sind für beiderlei Arten solcher Eidesurtheile:

1. die Anordnung einer Beweiserhebung bei bereits feststehender Nothwendigkeit der Klagabweisung;
2. die Auflage eines für die Erledigung der Parteianträge unnützen Eides;
3. die Auflage eines Eides zum Zwecke der Feststellung, ob der bereits als unabwendbar erkannten Klagabweisung jener oder dieser Entscheidungsgrund gegeben werden soll;
4. die weder der Parteiverhandlung, noch der Urtheilsbegründung entsprechende Fassung des entscheidenden Theiles der Urtheilsformel;[1])
5. die Inaussichtnahme der Abweisung des Klägers zur Hauptsache, auch für den Fall, daß der Kläger den ihm auferlegten, für den Ausgang des Prozesses als entscheidend hingestellten Beweis erbringt;
6. die Inaussichtnahme der Verurtheilung des Beweisführers in die Kosten der Aufnahme des von ihm erbrachten für den Ausgang des Prozesses als entscheidend hingestellten Beweises.

Dem tritt, falls der Grund der Klagabweisung in die Urtheilsformel mit aufgenommen wird (d. h. für die zweite Art der Eingangs dieses Paragraphen erwähnten Eidesurtheile) als weiterer Verstoß hinzu:

7. die Einfügung von Urtheilsgründen in die Urtheilsformel.

Hiernach führt die Meinung, welche bei unstreitiger Gegenforderung die Beweiserhebung über die streitige Hauptforderung für unerläßlich erklärt, praktisch zu sehr eigenthümlichen Konsequenzen.

II.

Dazu treten folgende Bedenken gegen die theoretische Begrün-

[1]) Vergl. oben Seite 208.

dung, welche die Gegner — unter sich nichts weniger als einig — ihrer Ansicht gegeben haben.[1])

1. Die Beweiserhebung über die Entstehung der illiquiden Klagforderung soll zur Ermöglichung eines Endurtheils bei liquider Gegenforderung unerläßlich sein, weil sonst die Gegenforderung verbraucht werde. Aber die Gegenforderung wird nicht verbraucht; sie kann noch durch Klage geltendgemacht werden und führt auch zur Verurtheilung des Gegners, sofern derselbe nicht (in diesem zweiten Prozesse) beweist, daß die im ersten Prozesse verfolgte Hauptforderung bestanden habe.[2])

2. Die Beweiserhebung über die Entstehung der illiquiden Klagforderung soll unerläßlich sein, weil die Wirkung der Klagabweisung eine andere sei, wenn wegen mißlungenen Klagbeweises und wenn auf Grund der Gegenforderung abgewiesen werde. Aber in Fällen, in denen die Nothwendigkeit der Klagabweisung bereits feststeht, ist niemals behufs Feststellung der Abweisungsgründe Beweis zu erheben.

3. Die Beweiserhebung über die Entstehung der illiquiden Klagforderung soll unerläßlich sein, weil die Aufrechnung begrifflich die Existenz der Hauptforderung voraussetze. Aber, wie es eine Eventualzahlung (mit Vorbehalt der Entscheidung über die Entstehung der Forderung) giebt, so giebt es eine Eventualaufrechnung (mit Vorbehalt der Entscheidung über die Entstehung der Hauptforderung); jene Zahlung wie diese Aufrechnung tilgt unbedingt den im Streit befangenen Anspruch, der allein darauf gerichtet ist, aus der Klagforderung den Beklagten ungeachtet der mit Vorbehalt stattgehabten Zahlung oder Aufrechnung zur Leistung zu verurtheilen.[3])

4. Die Beweiserhebung über die Entstehung der illiquiden Klagforderung soll unerläßlich sein, weil mittels der Klagbitte, den Beklagten zur Zahlung zu verurtheilen, implicite die actio compensationis erhoben sei, d. h. der Anspruch, entschieden zu sehen, ob die Klagforderung durch eine etwa einredeweise geltendgemachte Gegenforderung des Beklagten oder ob diese Gegenforderung durch die Klagforderung getilgt sei. Aber die auf Leistung gerichtete Klage verwandelt sich in Folge vorgeschützter und zugestandener Kom-

[1]) Vergl. hierzu §§ 16, 17 (oben S. 165 ff.).

[2]) Siehe oben Seite 82.

[3]) Siehe oben Seite 110. 144. 145.

pensationseinrede niemals von selbst in eine Klage auf Feststellung, daß die Gegenforderung durch Aufrechnung mit der Hauptforderung getilgt sei.

5. Die Beweiserhebung über die Entstehung der illiquiden Klagforderung soll unerläßlich sein, weil die liquide Gegenforderung nur eventuell vorgeschützt sei. Aber die Eventualitäten, in welche eine Partei ihre Vertheidigungsmittel setzt, können nur den Werth von Rechtsausführungen haben, nicht von eventuellen Anträgen;[1]) auf Grund einer nur eventuell vorgeschützten liquiden Einrede muß der Richter die Klage abweisen, wenn die principaliter geltendgemachten Vertheidigungsmittel noch Beweiserhebungen erfordern würden.

6. Die Beweiserhebung über die Entstehung der illiquiden Klagforderung soll unerläßlich sein, weil der Beklagte mit anspruchverfolgenden „den Widerklagen verwandten" Einreden (wie die Kompensations- und Retentionseinrede) die Befriedigung eines gleichartigen Gegenanspruchs durch Aufrechnung, jedoch nur für den Fall des Bestehens der Hauptforderung, zu erreichen suche. Aber die Kompensationseinrede ist nichts als eine Einrede; sie ist so wenig wie jede andere Einrede mit der Widerklage „verwandt"; sie hat nur eine Grundlage, die vom Beklagten, wie zur Einrede, so zur Widerklage benutzt werden kann. Der Beklagte sucht mit der Kompensationseinrede nicht die Aufrechnung, sondern die Klagabweisung[2]) zu erreichen, wie er mit der auf die Gegenforderung gestützten Widerklage ausschließlich die Verurtheilung des Klägers zur Zahlung und nicht die Klagabweisung würde erreichen können.

7. Die Beweiserhebung über die Entstehung der illiquiden Klagforderung soll unerläßlich sein, weil durch die bloße Existenz der Gegenforderung die Hauptforderung nicht getilgt sei. Aber bei liquider Gegenforderung wird, wenn der Richter eine Entscheidung über die Existenz der illiquiden Hauptforderung dahin gestellt sein läßt, die Klage nicht wegen „der bloßen Existenz der Gegenforderung", sondern sie wird wegen der mit Vorbehalt vollzogenen Aufrechnung abgewiesen.

8. Die Beweiserhebung über die Entstehung der illiquiden Klagforderung soll unerläßlich sein, weil bei mangelnder Entscheidung über die Existenz der Klagforderung „das Rechtsverhältniß der

[1]) Siehe oben Seite 23 ff.

[2]) Siehe oben Seite 148 ff.

Parteien völlig ungelöst bleibe", während der Kläger „ein Recht habe, auf Grund seiner Klage reine Sache zu bekommen". Aber ein Kläger, der auf Zahlung klagt, hat nur ein Recht, die Frage beantwortet zu sehen, ob ihm der Beklagte zu zahlen hat, nicht hat er ein Recht, „reine Sache zu bekommen"; jene Frage ist durch die Klagabweisung entschieden; keineswegs bleibt also das Rechtsverhältniß der Parteien ungelöst; will Kläger noch die weitere Frage gelöst haben, ob die Gegenforderung des Beklagten getilgt sei, so hat er darauf seinen Antrag zu richten.

9. Die Beweiserhebung über die Entstehung der Klagforderung soll unerläßlich sein, weil ein Urtheil, das diese Entstehung dahin gestellt sein lasse, einen zweiten Prozeß auf Grund der Gegenforderung hervorrufe und damit dem Beklagten als dem Kläger ermögliche, in diesem zweiten Prozesse Repliken vorzubringen, die er im ersten Prozesse als Einreden versäumt habe. Aber eine Regel, die dies verböte, existirt nicht; es fehlt an jedem prozeßrechtlichen wie materiellrechtlichem Grunde, dem Gläubiger der eventuell aufgerechneten Gegenforderung das Recht zu verschränken, mit allen zulässigen Mitteln darzuthun, daß die der Aufrechnung gesetzte Bedingung (d. h. die Entstehung der Hauptforderung) defizirt sei, weil diese Hauptforderung zur Zeit der Kompensationserklärung nicht mehr bestanden habe.

10. Die Beweiserhebung über die Entstehung der Klagforderung soll unerläßlich sein, weil ein ohne Beweiserhebung die Klage abweisendes Urtheil eine Forderung ohne Gründe als unbegründet rechtskräftig zurückweise. Aber das Urtheil, welches die Existenz der Klagforderung in seinen Gründen dahin gestellt sein läßt, ermangelt nicht der Gründe; es stützt sich auf alternative Gründe und beschreitet zwar niemals die Rechtskraft bezüglich der Frage, ob die Klagforderung zur Existenz gelangt sei, wohl aber bezüglich der Frage, ob dem Kläger gegen den Beklagten ein Anspruch auf Zahlung zustehe.[1])

11. Die Beweiserhebung über die Entstehung der Klagforderung soll unerläßlich sein, weil die §§ 136, 274 und 293 C.P.O. in Abänderung des bisherigen Rechtes vermeintlich anordnen, daß der Richter im Vorbringen der Kompensationseinrede — ohne daß es eines darauf

[1]) Siehe oben Seite 65. 82.

gerichteten Parteiantrags bedürfe — nunmehr zugleich eine Widerklage zu finden habe. Aber die zitirten Paragraphen enthalten davon nichts, namentlich ordnet nicht etwa der § 293 an, daß der Richter auf Grund einer vorgeschützten Kompensationseinrede das Bestehen der Gegenforderung auszusprechen verpflichtet sei, wie wenn auf Feststellung der Gegenforderung Widerklage erhoben wäre, sondern der § 293 ordnet nur an, daß, **wenn** der Richter nach Maßgabe der bisher anerkannten und noch ferner anerkannt bleibenden Prozeßgrundsätze sich in seinem Urtheile über das Bestehen der einredeweise vorgeschützten Gegenforderung — gleichviel mit welcher Begründung — ausgesprochen habe, dieser Ausspruch nach Maßgabe seiner Begründung der Rechtskraft fähig sei.

Schluß.

§ 20. Die Lösung in ihrer praktischen Gestalt.

Den richtigen Weg, wie in Fällen unstreitiger Gegenforderung, aber streitiger Klagforderung (d. h. in Fällen der Eventualaufrechnung) zu verfahren und zu erkennen ist, weist die Untersuchung, welche oben über die Fälle streitiger Klagforderung bei unstreitiger Eventualzahlung,[1]) unstreitiger Definitivaufrechnung[2]) und unstreitiger Definitivzahlung[3]) gehandelt hat.

Zur Klarstellung mögen als typisch einige praktische Beispiele betrachtet werden.

1.

Der erste Fall ist derjenige, der an der Spitze der Einleitung dieser Schrift steht:

A verklagt den B unter Eideszuschiebung auf Zahlung von 100 aus Darlehn; B bestreitet unter Eidesannahme den Empfang des Darlehns und erklärt: „übrigens schuldet mir A 100 aus Kauf; ich bitte um Abweisung der unbegründeten Klage.“ A erkennt die Gegenforderung als richtig an.

Ein praktisch denkender Richter, vor dem sich eine Verhandlung mit diesem Inhalte abspielt, wird zunächst den Kläger befragen, ob er den auf Verurtheilung zur Zahlung gerichteten Klagantrag aufrecht erhalte, nachdem er die Gegenforderung zugestanden habe; es sei doch klar, daß ihm der Beklagte keinenfalls nunmehr noch 100 zu zahlen verpflichtet sei; der Streit drehe sich jetzt nur noch um die Frage, ob das Darlehn gegeben und in Folge dessen die Gegenforderung getilgt oder ob das Darlehn nicht gegeben und in Folge dessen die Gegenforderung noch ungetilgt sei; dieser Streit könne im

---

[1]) Seite 122 ff.

[2]) Seite 152.

[3]) Seite 133.

gegenwärtigen Prozesse lediglich dann zum Austrage kommen, wenn der Kläger seinen auf Zahlung gerichteten Antrag umwandle in einen Antrag auf Feststellung des Nichtmehrbestehens der Gegenforderung, oder wenn der Beklagte Widerklage auf Zahlung seiner Gegenforderung erhebe und der Kläger dann dieser Widerklage die erfolgte Eventualaufrechnung entgegenstelle und den Beweis übernehme, daß die Klagforderung bestanden habe, also die Gegenforderung (d. h. die jetzige Widerklagforderung) compensando getilgt sei.

Der Kläger müßte eine sehr unverständige Prozeßpartei sein, wenn er nach einer solchen richterlichen Befragung und Belehrung erklärte, er lehne die Aenderung seines Klagantrags ab, beharre vielmehr bei demselben. Gäbe es einen solch unverständigen Kläger, so würde weiter schwerlich der Beklagte gleich unverständig sein und die ihm nahegelegte Erhebung der Widerklage ablehnen. Für den Fall, daß beide Parteien aber zu ihrem Nachtheile verkehrterweise bei den gestellten Anträgen verharren, könnte nichts Anderes als Abweisung des Klägers — ohne vorheriges Beweisverfahren — erfolgen; denn nach Lage der Sache steht schon jetzt fest, daß die Klagbitte unbegründet, weil jedenfalls der Klaganspruch gegenüber der vom Beklagten erklärten Eventualaufrechnung nicht aufrecht zu halten ist. Das Urtheil würde analog dem Urtheile zu lauten haben, welches oben[1]) für den Fall streitiger Klagforderung, aber unstreitiger Eventualzahlung formulirt ist. Wer eventuell mit einer Gegenforderung aufrechnungsweise gezahlt hat, kann ebensowenig zur Zahlung nochmals verurtheilt werden, wie derjenige, der eventuell mit Baarmitteln gezahlt hat.

Eine wesentlich andere Gestaltung nimmt der Prozeß an, wenn die Parteien dem vom Richter ausgeübten Fragerecht gegenüber sich nicht ablehnend verhalten, d. h. wenn entweder der Kläger seine auf Zahlung gerichtete Klagbitte in eine Kompensationsbitte oder genauer eine auf Feststellung des Nicht(mehr)bestehens der Gegenforderung gerichtete Bitte umändert, oder wenn der Beklagte Widerklage erhebt.

Ersteren Falles erklärt der Kläger, nachdem er die Gegenforderung habe zugestehen müssen, erkenne er die Klagbitte als erledigt an, weil die Gegenforderung zweifellos seinen Anspruch ausschließe, vom Beklagten Zahlung zu verlangen, er bitte aber den nunmehr erwachsenen Streitpunkt, ob durch die Aufrechnungs-

[1]) Siehe Seite 122 ff.

erklärung des Beklagten dessen Gegenforderung aufgebraucht, d. h. ob die Klagforderung zur Entstehung gelangt sei, im gegenwärtigen Prozesse zum Austrag zu bringen; deshalb ersetze er nunmehr die Bitte, den Beklagten zur Zahlung zu verurtheilen, durch die andere Bitte, festzustellen, daß die Klagforderung entstanden gewesen sei, oder daß die Gegenforderung nicht mehr bestehe.

Bei solcher Sachlage trifft den Kläger der Beweis der Klagbehauptung, daß er dem Beklagten die eingeklagten 100 M. dargeliehen habe. Wer eine dem Gegner angeblich zustehende Forderung im Wege der negativen Feststellungsklage bestreitet, hat zwar an sich nichts zu beweisen als das Berühmen des Gegners; der Beweis der Entstehung der Forderung trifft den Beklagten. Das Berühmen des Beklagten steht in unserem Falle von vornherein ebenso fest wie die Entstehung der Gegenforderung. Das Berühmen liegt im Bestreiten der Klagforderung, verbunden mit dem Vorschützen der Gegenforderung, und deren Entstehung ergiebt sich aus dem Zugeständniß des Klägers. Aber der Kläger macht durch die Art, wie er seine negative Feststellungsklage begründet, die eingetretene Tilgung der Gegenforderung geltend. Auch derjenige, der eine negative Feststellungsklage darauf stützt, daß eine Forderung, die der Beklagte zu haben behauptet, bezahlt sei, befindet sich, wenn die Zahlung geleugnet wird, in der Lage, die Zahlung beweisen zu müssen. In dem Vorbringen, die Forderung, deren der Beklagte sich berühme, sei bezahlt, ist die Replik der Zahlung enthalten, und es hat der, der die Zahlung behauptet, die Beweispflicht, sowohl im Prozesse, den eine Leistungsklage des Gläubigers, als im Prozesse, den eine negative Feststellungsklage des angeblichen Schuldners einleitet. Dasselbe gilt, wenn es sich um Tilgung durch Aufrechnung statt durch Zahlung handelt. Bei feststehender Gegenforderung hängt das vom Feststellungskläger behauptete Nichtmehrbestehen der Gegenforderung davon ab, daß die Hauptforderung bis zur erklärten Aufrechnung bestanden hat. Also unser Kläger hat den Beweis der Hingabe des von ihm behaupteten Darlehns zu erbringen. Da über diese Hingabe der Eid zugeschoben und angenommen ist, hat der Beklagte zu schwören, er habe das in der Klage bezeichnete Darlehn nicht gezahlt erhalten. Bei Leistung des Eides wird der Kläger kostenfällig abgewiesen. Bei Verweigerung des Eides wird unter Verurtheilung des Beklagten in die Prozeßkosten festgestellt, daß die Gegenforderung des Beklagten nicht mehr besteht.

Die Pflicht des Beklagten, im letzteren Falle die Kosten zu tragen, kann nicht zweifelhaft sein. In allen Fällen, in denen wegen nachträglicher Veränderung des Klagegegenstandes die Klagbitte umgestaltet wird, kommt zu Ungunsten des Klägers nicht etwa in Betracht, daß er mit der ursprünglichen Klage unterliegt und deshalb ihn ein Theil der Kosten zu treffen habe; denn der Gesetzgeber will ja gerade dem Kläger in Fällen des § 240 Nr. 3 die ursprünglich richtige, schließlich aber unzutreffend gewordene Klagbitte nicht zur Last gesetzt wissen; es entstehen dadurch auch keine besonderen Kosten. Sollte freilich der Beklagte beim Vorschützen seiner Gegenforderung zugleich geltend machen und beim Leugnen des Klägers beweisen, er habe bereits dem Kläger auf außergerichtliche Mahnung erklärt, den Klaganspruch durch Aufrechnung mit der Gegenforderung tilgen zu wollen, dann träfen den Kläger die Prozeßkosten, aber lediglich deshalb, weil die Klagänderung nicht auf einer „später eingetretenen" Veränderung des Klagegegenstandes beruht, weil sie also unstatthaft ist und zur Klagabweisung — unter Verurtheilung des Klägers in die Prozeßkosten — führen muß.

Sollte aber der Kläger dem Befragen des Richters gegenüber die Klagbitte nach wie vor in ihrer Richtung auf Zahlung aufrecht erhalten, und sollte der Beklagte aus dem Befragen des Richters Anlaß nehmen, Widerklage auf Verurtheilung des Klägers zur Zahlung der Gegenforderung zu erheben, dann nöthigt diese Widerklage den Kläger und Widerbeklagten, will er anders nicht gemäß der Widerklagebitte verurtheilt werden, die erfolgte Eventualaufrechnung gegenüber der Widerklage geltendzumachen und mit der Behauptung, seine Klagforderung sei zur Entstehung gekommen, mithin sei die Widerklagforderung getilgt. Das heißt, der Kläger und Widerbeklagte hat im Widerklageprozesse die exceptio compensationis vorzuschützen. Nun wiederholt der Beklagte naturgemäß sein Bestreiten der Klagforderung; dies Bestreiten erscheint jetzt als Bestreiten der vom Widerbeklagten geltendgemachten Gegenforderung. Ueber die Entstehung dieser Gegenforderung ist dann im Widerklageprozeß Beweis durch Eid zu erheben. Das führt zu dem nämlichen Eide, zu welchem wir eben gelangt sind. Das Urtheil hat zu lauten:

„Die Hauptklage wird abgewiesen (aus den eben in diesem Abschnitte entwickelten Gründen) unter Verurtheilung des Klägers in die eine Hälfte der Prozeßkosten.

Zur Widerklage wird:

1. im Falle der Eidesleistung der Kläger und Widerbeklagte verurtheilt, dem Beklagten und Widerkläger 100 M. zu zahlen,

2. im Falle der Eidesweigerung wird der Beklagte und Widerkläger mit der Widerklage abgewiesen.

Die andre Hälfte der Prozeßkosten hat im Falle der Eidesleistung ebenfalls der Kläger zu tragen, im Falle der Eidesweigerung der Beklagte."

Hier tritt klar hervor, wie sich in Gemäßheit des § 11 des Gerichtskostengesetzes die Kostenvertheilung gestaltet, wenn die Gegenforderung mittels Widerklage geltend gemacht wird. Bei Annahme einer im Geltendmachen der Gegenforderung liegenden „unentwickelten" Widerklage ist eine solche allein sachgemäße Kostenvertheilung vom Gesetze nicht gestattet.[1])

2.

Weitere Beispiele mögen veranschaulichen, inwiefern lediglich der Gang des Prozesses dafür maßgebend ist, ob es bei unstreitiger Gegenforderung zur Entscheidung über die Entstehung der streitigen Klagforderung kommt, oder ob der Richter die Entstehung der Hauptforderung dahin gestellt sein lassen muß.

a) Der Beklagte beschränkt seine Vertheidigung zunächst darauf, die Klagethatsachen zu leugnen; den zugeschobenen Eid schiebt er zurück.

Da die Parteien über Norm und Erheblichkeit einverstanden sind, wird der Eid dem Kläger in der Instanz abgenommen. Hierauf bringt der Beklagte nachträglich eine Kompensationseinrede vor; der Kläger räumt die Gegenforderung ein.[2])

Das Urtheil hat zu lauten:

„Der Kläger wird mit der Klage kostenfällig abgewiesen.

Entscheidungsgründe:

Die klagbegründenden streitigen Thatsachen sind durch die Eidesleistung des Klägers erwiesen. Die hiernach dem Kläger zustehende Forderung ist aber durch Aufrechnung mit der unstreitigen nachträglich vom Beklagten einredeweise vorgeschützten Gegenforderung des Beklagten erloschen. Die Prozeßkosten fallen dem Kläger als dem unterliegenden Theile zur Last."

---

[1]) Vergl. oben Seite 221.

[2]) Vergl. oben Seite 26 und 64.

Es wäre in diesem Falle auch nicht unrichtig gewesen, wenn das Gericht die Abweisung der Klage, ohne sich über deren Liquidität auszusprechen, lediglich auf die Liquidität der Gegenforderung gestützt und ausgesprochen hätte, die Frage, ob der Beweis der klagbegründenden Thatsachen erbracht sei, könne dahin gestellt bleiben, nachdem der Kläger die vom Beklagten nachträglich vorgeschützte begründete Kompensationseinrede in ihrer thatsächlichen Grundlage zugestanden habe.

Wählt das Gericht diese Art der Begründung für die Klagabweisung, so liegt über eine stattgehabte Definitivaufrechnung res judicata nicht vor, und es bedarf, um die Frage zu entscheiden, ob Definitivaufrechnung stattgefunden hat, eines weiteren Procedirens. Wählt das Gericht obige andere empfehlenswerthere Art der Begründung, so trifft es eine der Rechtskraft fähige Entscheidung, daß definitiv aufgerechnet ist.[1])

Hätte der Beklagte alsbald mit dem Bestreiten der Klagthatsachen seine Kompensationseinrede verbunden, so wäre ohne Beweisauflage der Kläger auf Grund der unstreitigen Einrede abzuweisen gewesen, indem der Richter die Entscheidung über die Entstehung der Klagforderung einem anderweiten Prozesse vorbehielt, sofern nicht der Kläger seine ursprüngliche Klage in eine Feststellungsklage umänderte, oder sofern nicht der Beklagte aus seiner Gegenforderung Widerklage erhob.

b) Handelt es sich nicht um eine nachträglich vorgebrachte Kompensationseinrede, sondern wird dieselbe alsbald mit dem Bestreiten der Klagforderung verbunden, und das Gericht erhebt ohne erfolgte Klagänderung, also im Widerspruch mit der von uns für richtig gehaltenen Ansicht, Beweis über die Klagforderung, so ist für die Erledigung des Parteistreites von Erheblichkeit, ob in den Urtheilsgründen die Klage wegen Beweisfälligkeit des Klägers oder wegen erfolgter Tilgung der als dargethan anzunehmenden Klagforderung oder ob sie deshalb abgewiesen wird, weil dem auf Zahlung gerichteten Klagantrag — mögen die Klagthatsachen als bewiesen oder nicht bewiesen angenommen werden — bei unstreitiger Gegenforderung die Einrede der Eventualaufrechnung entgegenstehe. Die letztere Entscheidung schließt den — in der Praxis sehr häufig vor-

[1]) Vergl. oben Seite 79 ff.

kommenden — Ausspruch in sich, daß eine stattgehabte Beweiserhebung entbehrlich war. Wer mit uns für richtig hält, daß das Gericht ohne Eintritt in die Würdigung des über die Klagthatsachen erhobenen Beweises die Klage verwirft, spricht damit aus, daß keine Partei gegen ein solches Urtheil mit Erfolg die Berufung einlegen kann; inwieweit das Urtheil die Rechtskraft beschreitet, ist oben[1]) dargelegt. Aber auch gegen die anderen Entscheidungen, welche den ungerechtfertigt erhobenen Beweis würdigen, ist, wenn der Beweis richtig gewürdigt wird, keiner Partei ein Rechtsmittel deshalb gegeben, weil die Beweiserhebung überflüssig war. Der Kläger hätte nur ein Interesse sich zu beschweren wegen der ihm zur Last gelegten Kosten des Beweisverfahrens; darauf kann nach § 94 C.P.O. ein Rechtsmittel nicht gestützt werden. Dem Beklagten fehlt jedes Interesse zur Beschwerde. Die Entscheidungsgründe aber, insofern sie den erhobenen Beweis für erbracht oder für mißlungen erklären, sind erheblich für die Bemessung des Umfangs der Rechtskraft: nach § 293 der C.P.O. ist bei erbracht erklärtem Beweise das Nicht(mehr)bestehen der Gegenforderung, bei mißlungen erklärtem Beweise das Nichtbestehen der Hauptforderung festgestellt. Raum für ein Rechtsmittel ist nur gegeben — und zwar für jeden der beiden Theile — soweit die erfolgte Beweiswürdigung als verfehlt angegriffen wird.[2])

Der Gang des Prozesses führt also, selbst wenn überflüssig der Beweis der Klagforderung erhoben, aber dann sachgemäß gewürdigt wird, zu einer unanfechtbaren Entscheidung über die Klagforderung und bei erbrachtem Beweise zu einer Entscheidung über erfolgte Definitivaufrechnung.

3.

Ein ferneres typisches Beispiel kann folgender Fall liefern:

Der Kläger verlangt unter Eideszuschiebung aus einer angeblich im Jahre 1896 entstandenen der zweijährigen Klagverjährung unterliegenden Forderung die Verurtheilung des Beklagten zur Zahlung von 100 M., der Beklagte schützt unter Eidesannahme zunächst die Einrede der Verjährung vor, da die Forderung nicht im Jahre 1896, sondern im Jahre 1892 entstanden sei, eventuell schützt er eine

[1]) Seite 82.

[2]) Gerade wie wenn bei nachgegebener Einrede der Befristung ungerechtfertigt über die streitigen Klagthatsachen Beweis erhoben und gewürdigt sein sollte.

Kompensationseinrede aus einem Darlehn von 300 M. vor. Der Kläger beharrt dabei, daß die Klagforderung im Jahre 1896 entstanden sei, giebt aber das Bestehen der Gegenforderung zu.

Als allgemeine Regel steht fest, daß in Fällen, in denen der Beklagte mehrere die Klagforderung ausschließende Einreden vorschützt, der Richter, wenn eine der Einreden unbestritten, eine andere bestritten ist, auf Grund der unbestrittenen Einrede klagabweisend zu erkennen hat.[1]) Nach diesem Satze würde auch im gestellten Beispiele nicht etwa zur Verjährungseinrede Beweis über die streitige Zeit des Entstehens der Klagforderung zu erheben, sondern es würde die Klage auf Grund der unbestrittenen Einrede der Eventualaufrechnung ohne Beweiserhebung abzuweisen sein.

Liegt im Wesen der Kompensationseinrede ein Grund, von der allgemeinen Regel abzuweichen?

Wer das behauptet, muß den Beweis der Nothwendigkeit dieser Abweichung führen. Mißlingt dieser Beweis oder läßt sich auch bei unstreitiger Kompensationseinrede ein der allgemeinen Prozeßregel entsprechendes, keine der Parteien irgendwie schädigendes Verfahren einhalten, so wird die allgemeine Regel zu beobachten und auch bei unstreitiger Kompensationseinrede (ungeachtet bestehenden Streites über die Verjährung der Klagforderung und ohne deshalbige Beweisaufnahme) klagabweisend zu erkennen sein.

Versuchen wir zunächst eine Erledigung des unterstellten Prozesses auf Grund der allgemeinen Prozeßregeln.

Das Urtheil würde lauten:

„Der Kläger wird kostenfällig abgewiesen.

Entscheidungsgründe: Es herrscht zwischen den Parteien Streit, ob die vom Kläger geltendgemachte Forderung im Jahre 1896 oder im Jahre 1892 entstanden ist. Im letzteren Falle würde die vom Beklagten zunächst vorgeschützte Verjährungseinrede begründet, im ersteren Falle würde sie unbegründet sein. Eine deshalbige Beweisaufnahme erübrigt aber vorliegend, da die vom Beklagten weiter vorgeschützte Einrede der Eventualaufrechnung in ihren thatsächlichen Grundlagen feststeht. Hieraus ergiebt sich bereits im gegenwärtigen Prozeßstadium ohne Weiteres, daß die auf Zahlung von 100 gerichtete Klagbitte unbegründet ist; denn selbst wenn die Klagforderung

[1]) Siehe oben Seite 31.

nicht verjährt sein sollte, hat der Beklagte 100 nicht zu zahlen, weil dann die Klagforderung durch Aufrechnung erloschen ist. Ob diese Eventualität vorliegt und deshalb die Gegenforderung definitiv zur Aufrechnung gekommen ist, darüber ist im gegenwärtigen Prozesse nicht zu entscheiden. Der Kläger hat vermöge der von ihm gestellten Klagbitte nur ein Interesse daran, vermittels dieses Prozesses zu erfahren, ob der Beklagte ihm 100 zu zahlen hat, und diese Frage wird durch die Klagabweisung verneinend entschieden; der Beklagte hat, da er sich darauf beschränkt, um Klagabweisung zu bitten, ebenfalls kein anderes Interesse als festgestellt zu sehen, daß der erhobene Klaganspruch nicht bestehe. Das weitere Interesse des Beklagten, festgestellt zu sehen, ob seine Gegenforderung in Höhe der Klagforderung getilgt sei, oder ob sie noch bestehe, darf im gegenwärtigen Prozesse nicht zum Austrag kommen; wollte das Gericht deshalb Beweis über die Entstehungszeit der Klagforderung erheben, so würde das die Einleitung eines lediglich im Interesse des Beklagten liegenden Beweisverfahrens auf Kosten des Klägers bedeuten. Allerdings giebt die Prozeßgesetzgebung dem Beklagten ein Mittel, dieses sein Interesse in einem vom Kläger über die Klagforderung anhängig gemachten Prozesse zum Austrage zu bringen. Dies Mittel ist die Widerklage. Eine Widerklage hat aber der Beklagte vorliegend nicht erhoben. Es bleibt ihm daher nur übrig, die Frage, ob seine Gegenforderung bis zum Betrage von 100 zur Aufrechnung gekommen ist, mittels einer seinerseits auf Zahlung der Gegenforderung zu richtenden neuen Klage zum Austrag zu bringen. Dieser auf Zahlung von 300 anzustrengenden Klage steht nicht etwa die Einrede der Rechtskraft bis zum Betrage von 100 auf Grund des ergangenen Urtheiles entgegen. Denn im ergangenen Urtheile ist über eine Definitivaufrechnung bis zum Betrage von 100 nicht entschieden, sondern es ist nur dahin erkannt, es sei, wenn die Klagforderung als im Jahre 1896 entstanden sich demnächst ergeben sollte, die Forderung des Beklagten auf Höhe von 100 M. kompensationsweise erloschen. Allerdings hat auch der Kläger ein Interesse daran zu erfahren, ob durch seine Klagforderung die Gegenforderung auf Höhe von 100 getilgt ist, so daß er dem Beklagten nur 200 schuldet, oder ob er dem Beklagten noch die vollen 300 schuldet. Wollte aber der Kläger dies Interesse im gegenwärtigen Prozesse verfolgen, so mußte er — mindestens nachdem

er die vom Beklagten vorgeschützte Gegenforderung zugestanden hatte — statt der Klagbitte, „den Beklagten zur Zahlung zu verurtheilen", die andere Klagbitte erheben: festzustellen, daß die Gegenforderung des Beklagten nur noch auf Höhe von 200 bestehe. Da Kläger so nicht verfahren, vielmehr bei seiner auf Zahlung gerichteten Bitte beharrt hat, konnte nur auf Klagabweisung erkannt werden."

Darüber, daß ein solches Urtheil kein inhaltsloses ist, vielmehr nach zwei Seiten hin eine der Rechtskraft fähige Entscheidung trifft, ist oben[1]) das Nöthige gesagt. Es steht ihm auch weder von praktischem noch von theoretischem Standpunkte aus irgend etwas entgegen.

Die Vertheidiger der Ansicht, daß, um zu einer Entscheidung zu kommen, erst die Frage ausgetragen werden müsse, ob die Klagforderung begründet sei, ehe auf Grund der Kompensationseinrede abgewiesen werden könne, gelangen zu anderem Resultate.

Sie sind genöthigt zu erkennen:

„der Beklagte hat folgenden Eid zu leisten:

ich schwöre: daß das in der Klage bezeichnete Geschäft zwischen uns im Jahre 1892 und nicht im Jahre 1896 geschlossen ist."

Als Folge der Eidesleistung oder Eidesweigerung wäre dann auszusprechen

entweder:

„im Falle der Leistung wie der Nichtleistung des Eides wird Kläger kostenfällig abgewiesen"

oder:

„im Falle der Leistung des Eides wird Kläger auf Grund der Verjährungseinrede, im Falle der Nichtleistung des Eides auf Grund der Kompensationseinrede kostenfällig abgewiesen."

Die Bedenken, welche das eine wie das andere Urtheil ausschließen, sind im vorigen Paragraphen zusammengestellt. Die Struktur jedes der beiden Urtheile ergiebt, daß ein unnöthiger Eid aufgelegt und eine prozessualisch unmögliche Folge der Eidesleistung oder Eidesweigerung in Aussicht genommen ist.

4.

Dem ebenbesprochenen Falle liegt der andere Fall gleich, wenn sich der Beklagte der unstreitigen Klagforderung gegenüber darauf

[1]) Seite 82.

beruft: 1. daß er gezahlt habe, 2. daß ihm eine der Klagforderung gleichhohe Gegenforderung zustehe, und wenn der Kläger die Zahlung unter Annahme des darüber zugeschobenen Eides bestreitet, die Gegenforderung zugiebt.

Auch hier ist Kläger alsbald kostenfällig abzuweisen, weil sein Klaganspruch, wenn nicht durch Zahlung, so doch durch die mittels einer unstreitigen Gegenforderung bewirkte Eventualaufrechnung erloschen ist. Allerdings haben beide Theile auch hier ein Interesse daran zu wissen, ob die Klagforderung durch Zahlung oder durch Aufrechnung erloschen ist. Aber dies Interesse des einen wie des anderen Streittheiles ist nicht das Interesse, welches durch die Parteianträge für den vorliegenden Prozeß als allein zu entscheidende Frage hingestellt ist. Es muß naturgemäß davon ausgegangen werden, daß der Kläger, ehe er klagte, mit dem Beklagten außergerichtlich verhandelt hat. Erwiderte der Beklagte auf eine ihm zugegangene Mahnung nichts weiter als, er verweigere die Zahlung, oder er habe gezahlt, so hatte der Kläger allerdings, wenn er die Zahlung nicht als erfolgt anerkannte, Anlaß auf Zahlung und nur auf Zahlung zu klagen. Wenn dann im Prozesse der Beklagte die Eventualaufrechnung vornahm und der Kläger die Gegenforderung nicht bestreiten konnte, so war es Sache des Klägers, seine Klage in die Klage auf Feststellung des Nichtmehrbestehens der Gegenforderung umzuwandeln, oder es war Sache des Beklagten, auf Grund seiner Gegenforderung Widerklage zu erheben. Auf dem einen wie dem anderen Wege wäre die streitige Frage, ob Zahlung geleistet sei, zum Austrage gekommen. Denn die Zahlung wäre im einen wie im anderen Prozesse Grundlage eines nothwendigen Beweisverfahrens geworden: der negativen Feststellungsklage des Klägers gegenüber hätte der Beklagte sich auf die Entstehung seiner Gegenforderung berufen, die Entstehung hätte der Kläger nachgegeben, aber erklärt, mit der Klagforderung aufrechnen zu wollen, die Klagforderung aber hätte dann der Beklagte als durch Zahlung getilgt hingestellt; beim Bestreiten der Zahlung mußte hierauf Beweis über die Zahlung erhoben werden. Analog hätte sich die Sache auf die Widerklage des Beklagten abgespielt.

Sollte der Beklagte alsbald nach erfolgter Mahnung vor der Klagerhebung erklärt haben, dem Anspruche des Klägers auf Zahlung stehe die Einrede der Zahlung und eventuell der Kompensation ent=

gegen, so fehlte für den Kläger, wenn er die Gegenforderung anerkannte, jeder Anlaß auf Zahlung zu klagen; er mußte von Anfang an seine Klage auf Feststellung des Nichtmehrbestehens der Gegenforderung richten; dann kam die streitige Frage, ob gezahlt sei, in derselben Weise zum Austrage, wie es eben bei der Klage dargestellt wurde, die aus der Leistungsklage zur Feststellungsklage nachträglich umgeändert ist.

Wer bei streitiger Einrede der Zahlung, aber unstreitiger Einrede der Eventualaufrechnung auf den in Betreff der Zahlung angenommenen Schiedseid erkennen zu müssen glaubt, gelangt wiederum entweder zu einem Eidesurtheile, welches besagt, daß die Klage abgewiesen werde, möge der Eid geleistet oder nicht geleistet werden, oder er gelangt zu einem Eidesurtheile, welches besagt, daß bei Leistung des Eides auf Grund der Kompensationseinrede, bei Nichtleistung des Eides auf Grund der Zahlungseinrede der Kläger kostenfällig abgewiesen werde.

Das eine wie das andere Urtheil unterliegt den oben[1]) geltendgemachten Bedenken.

5.

Am deutlichsten tritt der Satz, daß der Einrede der Eventualaufrechnung gegenüber eine Beweiserhebung und eine Entscheidung über die Existenz der Klagforderung je nach der Sachlage nothwendig wird, in die Erscheinung, wenn man neben der Klagforderung auch die Gegenforderung als in thatsächlicher Beziehung streitig unterstellt. Hier ist zweifellos über die eine wie über die andere Forderung Beweis zu erheben und, wenn der beiderseitige Beweis gelingt, klagabweisend zu erkennen. Die Gründe ergeben dann, daß die Klagforderung wie die Gegenforderung zur Entstehung gelangt, daß aber die Klagforderung zufolge der erhobenen Einrede der Eventualaufrechnung durch Aufrechnung getilgt ist, und zwar stellt sich diese Aufrechnung alsbald als definitive dar. Das Nicht(mehr)bestehen der Gegenforderung wie der Hauptforderung ist rechtskräftig festgestellt.

Freilich ist auch in einem solchen Falle nicht ausgeschlossen, daß der Richter sich in seinen Entscheidungsgründen darauf beschränkt, das Bestehen der Gegenforderung auszusprechen, und daß er dahin gestellt sein läßt, ob der Beweis der Hauptforderung geführt sei.

---

[1]) Siehe S. 223 ff.

Ein solches Erkenntniß ist unzweckmäßig, aber nicht unrichtig; es beschwert keine der Parteien und kann deshalb auch mit Erfolg nicht angefochten werden. Sein materieller Unterschied vom ersteren Urtheile liegt darin, daß es die Frage der Existenz der Hauptforderung und damit auch die Frage unentschieden läßt, ob die als entstanden anerkannte Gegenforderung noch bestehe, oder ob sie durch Definitivaufrechnung getilgt sei. Demnach kann ungeachtet dieses Urtheils die Gegenforderung noch klageweis verfolgt und die Hauptforderung noch einredeweise der Gegenforderung gegenüber verwendet werden.[1])

Während also nach diesen Beispielen und allem Gesagten die hier vorgeschlagene Lösung der angeregten Zweifelsfragen in Urtheilssprüchen sich vollzieht, die nicht blos allen prozessualischen wie materiellrechtlichen Grundsätzen, sondern in gleicher Weise auch dem Interesse beider Parteien gerecht werden, führt die gegnerische Ansicht zu prozessualisch, wie materiell unmöglichen Urtheilssprüchen. Auf der einen Seite stehen logisch durchgeführte Begriffe und korrekte sachlich befriedigende Urtheile, auf der andern Seite wenig klare Rechtsbegriffe und abnorm gestaltete, in Vertheilung der Kostenlast ungerechte Urtheile.

§ 21. Die Natur der Sache.

Schließlich darf auch die Natur der Sache als Beleg für die Richtigkeit der hier vorgeschlagenen Lösung herangezogen werden.

Jemand, der weiß, daß er 100 schuldet, wird, wenn er zugleich 100 zu fordern hat, seinen Gläubiger kaum je auf Zahlung dieser 100 verklagen; denn es muß ihm von vornherein klar sein, daß er den Prozeß verliert, sobald der Beklagte seine Gegenforderung vorbringt. Darauf zu rechnen, daß der Beklagte die Gegenforderung vorzubringen versäume, sich vielmehr geduldig zur Zahlung verurtheilen lasse, wäre unverständig. In allen Prozessen, in welchen eine liquide kompensable Gegenforderung eine Rolle spielt — und es sind dieser Prozesse ziemlich viele — muß also davon ausgegangen werden, daß dem Kläger, wenn er anders ein verständiger Mensch ist, die Gegenforderung des Beklagten in dessen Klagbeantwortung als ein novum entgegentritt. Entweder ist die Gegenforderung

---

[1]) Vergl. oben Seite 82 ff.

überhaupt erst nach der Klagerhebung entstanden, oder der Kläger hat bisher von ihr keine Kenntniß erlangt, oder es war die Existenz der Gegenforderung seinem Gedächtniß entschwunden, als er die Klage erhob. Fälle der Nichtkenntniß der Gegenforderung können leicht vorkommen, wenn der Kläger Rechtsnachfolger des ursprünglichen Gläubigers der Hauptforderung ist, oder wenn er z. B. als Dritter aus Handlungen Anderer haftet, seien es Verträge, seien es Delikte.

Jeder Rechtsstreit, in welchem einer bestrittenen Klagforderung eine unbestrittene Gegenforderung entgegensteht, erscheint demnach als ein durch besondere Verkettung der Umstände in seinem Angriffe mißglückter Rechtsstreit.

Um den Rechtsstreit richtig zu lenken, bedarf er der Ueberführung in die richtige Bahn. Der Kläger hat den Rechtsstreit begonnen in der irrthümlichen Annahme, daß der Beklagte ihm 100 zu zahlen habe, und daß die Frage, ob dies der Fall oder nicht der Fall sei, den Streitgegenstand bilden werde. Es hat sich aber umgekehrt durch die weiteren Verhandlungen ergeben, daß Streit zwischen den Parteien darüber besteht, ob der Kläger dem Beklagten 100 zu zahlen habe.[1]) Hätten das beide Theile von Anfang an gewußt, so würde wahrscheinlich der Beklagte den Kläger, nicht der Kläger den Beklagten auf Zahlung von 100 belangt haben. Unsere Prozeßgesetze ermöglichen glücklicherweise einen solchen aus Irrthum hervorgegangenen Fehlgriff, nachdem ihn die Parteien eingesehen haben, zu verbessern; der Weg dazu, der zugleich zu einer sachgemäßen Regulirung der Kostenfrage führt, ist die nachträgliche Umdrehung der Parteirollen vermittels der negativen Feststellungsklage oder der Widerklage. Dem Kläger fällt hierdurch in Korrektur des bisherigen Verfahrens nunmehr materiell die Beklagtenrolle und dem Beklagten die Klägerrolle zu; wenn dann der bisherige Kläger als der Zahlpflichtige sich herausstellt, hat er die Prozeßkosten, sonst hat sie sein Gegner zu tragen.

Darin liegt die ganze Lösung des Räthsels.

Die Erhebung der früheren provocatio ex lege diffamari oder der heutigen Feststellungsklage seitens des Klägers, wie die Erhebung der Widerklage seitens des Beklagten setzt den Kläger in die Lage

[1]) Ein anschauliches Bild solcher Umkehr der Parteirollen in Folge zugestandener Kompensationseinrede geben die Seite 198 ff. näher erörterten beiden Prozesse.

eines Solchen, der einer unstreitigen Forderung gegenüber seine streitige Gegenforderung als Beklagter zu beweisen hat. Dann verschwindet auch die Monstrosität, daß ungeachtet feststehender Einrede noch vom Kläger ein Beweis verlangt wird, der, mag er gelingen oder mißlingen, zur Klagabweisung führt; die prozessuale Lage kehrt sich um: die zu beweisende Thatsache nimmt den Charakter einer Einredethatsache und die Einredeforderung den Charakter der Klagforderung an.

Gesetzt, ein Anwalt erhielte die Instruktion: seine Partei behaupte eine Forderung zu haben, der Schuldner, der, wie nicht geleugnet werden könne, eine Gegenforderung habe, bestreite jene Forderung als entstanden, so würde es ein Beweis größten Ungeschickes sein, wenn der Anwalt den ihm dargelegten Parteistreit dadurch zum Austrage bringen wollte, daß er wider den Gegner seines Mandanten eine Klage auf Zahlung erhöbe. Es muß Aufgabe des Anwalts sein, einen solchen Prozeß anders zu leiten. Ebenso muß es Aufgabe des Anwalts oder der Partei sein, wenn ohne Kenntniß der Gegenforderung auf Zahlung bereits geklagt ist, den Prozeß umzuleiten, sobald innerhalb dieses Prozesses eine unbestreitbare Gegenforderung auftaucht. Der Anwalt oder die Partei wird nunmehr dem Widerpart erklären: „Hätte ich die Gegenforderung gekannt, so würde ich nicht auf Zahlung geklagt haben; ich nehme die Klage zurück; denn ich sehe ein, daß ich vom Beklagten nichts zu fordern habe."

Diese Erklärung allein entspricht der Natur der Sache, mag der Beklagte die Klagforderung bestritten oder mag er sie eingeräumt haben. In jedem dieser beiden Fälle ist bei liquider Gegenforderung der auf Zahlung gerichteten Klage durch die Aufrechnungserklärung des Gegners der Boden entzogen. Der Kläger muß einsehen, daß der Streit um die Begründung der Klagforderung für die Frage nichts verschlägt, ob er die Klage, wie sie erhoben ist, zurückzunehmen hat. Soviel weiß er nunmehr unbedingt, daß ihm der Beklagte nichts zu zahlen braucht, und sein erhobener Anspruch besteht ja gerade darin, daß er den Beklagten zur Zahlung verurtheilt haben will.

Unlängst wurde einem Rechtslehrer, auf dessen gesunde praktische Lebensanschauung Werth zu legen war, die Frage gestellt: „Was würden Sie thun, wenn bei bestrittener Klagforderung der Kläger die eventuell entgegengestellte Kompensationsforderung zugesteht?"

Und die alsbaldige Antwort lautete: „Nimmt denn der Kläger die Klage nicht zurück? Wenn er das nicht thut, würde ich sie abweisen.“[1]) Solcher spontanen Entscheidung eines geschulten und klar denkenden Juristen wohnt Bedeutung inne; sie bestätigt obige Auffassung als die natürliche. Daß die Zurücknahme der Klage für den Kläger das Nächstliegende ist, folgt auch mit Nothwendigkeit aus dem anderen Satze, daß der Kläger bei Kenntniß der Gegenforderung die Klage nicht angestellt haben würde.

Mit der Zurücknahme der Klage braucht aber der Kläger sein prozessualisches Vorgehen nicht abzuschließen. Hat er eingesehen, daß es wegen des ihm in der Gegenforderung entgegengetretenen novum mit seinem Anspruche nichts ist, den Beklagten zur Zahlung verurtheilt zu sehen, so wird ihm zugleich klar geworden sein, daß ungeachtet des Zugeständnisses der Gegenforderung keineswegs alle Differenzen zwischen ihm und dem Beklagten gelöst sind. Da der Beklagte dem Vorbringen der Gegenforderung ein Bestreiten der Klagforderung hat vorausgehen lassen, so weiß zwar der Kläger, nachdem er die Gegenforderung zugestanden, daß ihm der Beklagte nichts zu zahlen hat, es muß ihm aber zugleich der Zweifel aufgetaucht sein, ob er, der Kläger, nicht etwa dem Beklagten zu zahlen hat. Der Beklagte hat zwar eine solche Zahlung noch nicht prozessualisch verfolgt, er hat nicht etwa Widerklage auf Verurtheilung des Klägers

---

[1]) Auf einer ähnlichen Anschauung scheint der Satz Geib's, Theorie der gerichtl. Komp. S. 22 zu beruhen: „ohne Antrag des Beklagten sei der Richter (wenn der Kläger das Bestehen einer kompensablen Gegenforderung ausdrücklich anerkennt) nicht befugt, die Klage, aus welcher sich die Kompensationsmöglichkeit des Beklagten ergeben hatte, als inept abzuweisen“. Stellt also Beklagter den Antrag (auf Grund der Kompensation mit der anerkannten Gegenforderung) die Klage abzuweisen, so muß deren Abweisung nach Geib „als inept“ erfolgen. Bei der Eventualaufrechnung soll dann nach Geib S. 317 „die begehrte richterliche Feststellung des bestrittenen Klaganspruchs nicht vermieden werden können“. Das ist unsere Feststellungsklage in embryonischer Gestalt. Ein näheres Eingehen würde wohl auch Geib dahin geführt haben, daß nicht von einer Feststellung des Bestehens der Klagforderung, sondern nur von einer Feststellung ihres Entstandenseins oder des Nichtbestehens der Gegenforderung die Rede sein kann. Bähr erwiderte brieflich in den letzten Jahren seines Lebens auf die Frage, was er als Richter thun würde, wenn der Kläger die seiner bestrittenen Klage gegenübergestellte Kompensationsforderung zugestehe: „Ich würde die Klage abweisen, wenn Kläger sie nicht in eine Feststellungsklage umwandelt“.

zur Zahlung erhoben; aber in der Geltendmachung der Gegenforderung liegt die Behauptung ihrer Existenz, und im Bestreiten der Klagforderung liegt die weitere Behauptung, daß die Gegenforderung nicht durch Aufrechnung mit der Hauptforderung getilgt sei. Vom Standpunkte des Klägers aus ist also dessen Recht dadurch verletzt, daß der Beklagte sich eine seiner Behauptung nach noch ungetilgte Gegenforderung anmaßt. Nichts natürlicher, als daß der Kläger versucht, die nunmehr noch allein zwischen ihm und dem Beklagten bestehende Differenz in dem bereits anhängigen Prozesse zum Austrage zu bringen: aus dem ursprünglichen Anspruche des Klägers, daß der Beklagte die Klagforderung bezahle, ist der andere Anspruch geworden, daß der Richter die Klagforderung als vor der erklärten Kompensation bestanden und demgemäß die Gegenforderung als nicht mehr bestehend anerkenne.

Der Kläger hat demgemäß seine Klagbitte umzuändern; er muß der replikalischen Erklärung: „ich gestehe die Gegenforderung ein", hinzufügen: „aber diese Gegenforderung ist durch die Klagforderung getilgt; ich bitte nunmehr dies auszusprechen, also das Nichtmehrbestehen der Gegenforderung festzustellen, nachdem sich mein Klaganspruch erledigt hat." Eine solche Erklärung ist nöthig. Denn ohne Weiteres liegt in einer Klage auf Zahlung nie ein Anspruch des Klägers, daß der Richter im Interesse des Klägers über den Vollzug einer vom Beklagten geltendgemachten Aufrechnung erkenne; ebenso liegt ohne Weiteres in dem Antrage des Beklagten, die Klage auf Grund einer Gegenforderung abzuweisen, nie ein Anspruch des Beklagten, daß der Richter im Interesse des Beklagten darüber entscheide, ob die Gegenforderung definitiv oder nur mit Vorbehalt zur Aufrechnung verwendet sei. So wenig das Vorbringen der Kompensationseinrede als ihr Zugeständniß macht aus den Parteianträgen, die lediglich auf Verurtheilung zur Zahlung und auf Klagabweisung gehen, einen Prozeß über erfolgte oder nicht erfolgte Aufrechnung. Daß die Parteien gegenseitige Aufrechnung wollen, dafür fehlt der genügende Willensausdruck. Dieser ist weder in dem Antrage des Klägers, den Beklagten zur Zahlung zu verurtheilen, noch im Antrage des Beklagten, die Klage abzuweisen, zu finden, auch ist er weder darin zu finden, daß der Beklagte sich auf eine Gegenforderung beruft, noch darin, daß der Kläger die Gegenforderung einräumt. Wer das Gegentheil behauptet, geräth auf

die abschüssige Bahn der Lehre von der „unentwickelten Widerklage" und damit in unentwickelte Rechtsbegriffe. Deren letzte praktische Folgerung sind dann prozessualisch wie materiell unmögliche Gerichtsentscheidungen.

In der nämlichen Weise, wie derartige Kompensationsprozesse, erscheinen diejenigen Prozesse als in falsches Fahrwasser gelenkt, welche bei streitiger Klagforderung eine unstreitige Einrede der Definitivzahlung oder eine unstreitige Einrede der Definitivaufrechnung zum Gegenstande haben.[1])

Wer auf Zahlung klagt, obwohl bereits gezahlt ist, erhebt seine Klage offenbar in Unkenntniß der erfolgten Zahlung, mag er vergessen oder zur Zeit der Klagerhebung überhaupt noch niemals erfahren gehabt haben, daß gezahlt ist. Nur ein Thor kann im Bewußtsein, daß er bereits Zahlung empfangen hat, auf Zahlung klagen. Muß der Kläger die ihm in der Klagbeantwortung entgegengestellte Einrede der Zahlung einräumen, dann muß er alsbald erkennen, daß seine Klage erledigt ist und er nichts Besseres thun kann, als sie zurückzunehmen oder fallen zu lassen. So muß er vernünftigerweise verfahren, mag die eingeräumte Zahlung eine Definitivzahlung oder eine Eventualzahlung, und mag die darauf gestützte Einrede mit der Behauptung, es sei indebite gezahlt, verbunden gewesen sein, oder mag sie dieser Behauptung entbehren. Wird eine Definitivzahlung unter dem Gesichtspunkt der indebiti solutio oder wird eine Eventualzahlung geltend gemacht, so erwächst dem Kläger die Möglichkeit, nach Maßgabe des § 240 Nr. 3 C.P.O. seine verfehlte Klage durch Umänderung der Klagbitte, wie oben[2]) ausgeführt, aufrecht zu erhalten und mittels dieser umgeänderten Klagbitte den neu zu Tag getretenen Streitpunkt, ob der Beklagte seine geleistete Zahlung zurückfordern dürfe, austragen zu lassen.

Ebenso gestaltet sich die Rechtslage, wenn dem Anspruche auf Zahlung vom Beklagten entgegengehalten wird, er habe bereits vor der Klagerhebung die Klagforderung durch eine von ihm erklärte Aufrechnung getilgt, freilich habe er dabei irrig das Bestehen der Hauptforderung angenommen, und wenn hierauf der Kläger die Gegenforderung nebst deren erklärter Aufrechnung zugeben muß. Auch dann bleibt dem Kläger nichts übrig, als seine ursprüngliche Klagbitte

[1]) Vergl. oben Seite 133. 152.

[2]) Siehe Seite 119 ff. 134.

aufzugeben und sie durch die Bitte auf Feststellung des Nichtbestehens des vom Beklagten behaupteten Kondiktionsanspruchs zu ersetzen.[1])

Aus dem Streite, ob der Beklagte aus der Klagforderung dem Kläger zu zahlen habe, ist der Streit geworden, ob der Kläger aus der vom Beklagten in Anspruch genommenen Gegenforderung dem Beklagten zu zahlen habe. Nur in Folge der Unkenntniß des Klägers von der wahren Sachlage hatte sich dieser Streit verschoben; die Verhandlung hat den Streit naturgemäß zu Tage gefördert; der Prozeß ist nachträglich sachentsprechend umgestaltet.

Der Schwerpunkt des Streites ist aber in allen diesen Fällen die Frage, ob die zur Begründung der Klage aufgestellten Behauptungen wahr sind, d. h. ob der Kläger den Beweis der geleugneten Klagthatsachen erbringen kann oder nicht. Vom Ausgange dieses Beweisverfahrens hängt der Gewinn oder der Verlust des Prozesses ab.

Demzufolge muß auch von dem Ausgange dieses Beweises die Frage abhängen, wer die Prozeßkosten zu tragen hat.

Die damit unvereinbare Vertheilung der Kostenlast, wie sie die oben[2]) bezeichneten Entscheidungen nothwendig im Gefolge haben, ist aber nicht der schwächste Grund, diese Entscheidungen als unmögliche anfechten zu dürfen.

Was sie in der Sache selbst bezwecken, wird auf einem allen Anforderungen des Prozesses entsprechenden Wege erreicht, wenn man verfährt, wie in dieser Schrift vorgeschlagen wird. Bei richtiger Prozeßleitung gelangt der Streit der Parteien, ob die Klagforderung besteht, in demselben Prozesse zum Austrag, in welchem über die Kompensationseinrede erkannt wird, nur geschieht dies in Formen, die nicht auf willkürlich für nöthig erklärten Ausnahmen, sondern die auf den allgemeinen unabänderlichen Prozeßregeln beruhen. Das praktische Resultat, welches die Gegner erstreben, ist also — abgesehen von der Kostenfrage — das Nämliche, zu dem wir gelangen. Der Vorwurf, daß unnütz in zwei Prozessen verhandelt werde, was in einem erledigt werden könnte, trifft uns nicht. Zugleich wird der Fehler in Vertheilung der Kostenlast vermieden, zu welchem der gegnerischerseits eingeschlagene Weg führt.

---

1) Siehe oben Seite 137.

2) Siehe Seite 198 ff.

Kehren wir nunmehr zu unserem Ausgangspunkte (s. oben Seite 1) zurück, so sind bei unstreitiger Gegenforderung, aber streitiger unter Eid gestellter Klagforderung nicht Urtheile zu fällen, welche aussprechen, der Beklagte habe den Eid über die Klagforderung zu leisten,

„im Falle der Leistung, wie der Nichleistung des Eides werde der Kläger kostenfällig abgewiesen",

auch sind nicht Urtheile zu fällen, welche aussprechen:

„im Falle der Leistung des Eides werde der Kläger wegen Beweisfälligkeit,

im Falle der Nichtleistung des Eides werde er auf Grund erfolgter Aufrechnung kostenfällig abgewiesen,"

sondern es sind nach bewirkter Umänderung der Klagbitte Urtheile zu fällen, welche aussprechen:

„im Falle der Leistung des Eides werde der Kläger mit der erhobenen Klage abgewiesen und zur Tragung der Prozeßkosten verurtheilt,

im Falle der Nichtleistung des Eides werde der Klagbitte gemäß festgestellt, daß die Gegenforderung des Beklagten nicht mehr bestehe, und der Beklagte zur Tragung der Prozeßkosten verurtheilt."

Zu wesentlich gleichem Resultate gelangen die am Schlusse des Beilageheftes unter XIII abgedruckten sechs Aeußerungen aus dem Kreise der Studirenden und Referendare, welche der über den Inhalt dieser Schrift gehaltenen öffentlichen Vorlesung beiwohnten. Am Beginne der Vorlesung wurde deren Plan in Gestalt des Druckblattes unter I des Beilageheftes vertheilt und den Zuhörern anheimgestellt, etwaige Aeußerungen zu jenem Druckblatt in beliebiger Form einzureichen, sei es alsbald, ehe ihnen die Vorträge des Lehrers eine Handhabe für die Entscheidung boten, oder sei es im weiteren Verlaufe des Semesters. Die Aeußerungen sind nach der Zeit des Eingangs geordnet; ihre Auswahl ist geschehen, weil sie zeigen, daß selbst Anfängern in Theorie und Praxis die Gedanken naheliegen, die in der gegenwärtigen Schrift vertreten sind. Schon die ersten dieser Arbeiten lassen erkennen, wie sehr den Verfassern das von der Literatur und Rechtsprechung zumeist empfohlene Verfahren widerstrebt. Namentlich die erste Arbeit entwickelt zwar knapp, aber mit anerkennenswerthem Weitblick alle die Gesichtspunkte, die nachher in der

Vorlesung als maßgebend hingestellt wurden. Eine Stimme hat während der Vorlesung wiederholt den Satz vertheidigt, es gebe Einreden, die, wie die der Zahlung, der Kompensation, des Verzichts, der Verjährung, begrifflich die Existenz der Klagforderung voraussetzten; um eine solche Einrede wirksam werden zu lassen, sei die vorherige Feststellung der Klagforderung unerläßlich; überhaupt verlange der § 293[1] C.P.O. stets eine Entscheidung im Urtheile, ob die Klagforderung entstanden oder nicht entstanden sei. Daß diese Ansicht nicht das Richtige trifft, wird keiner Ausführung bedürfen. Für diejenige Ansicht aber, welche in der Kompensationseinrede eine eigengestaltete Einrede erblickt, deren Wirksamkeit im Gegensatze zu allen anderen Einreden den Beweis der streitigen Klagforderung erheische, hat sich unter sämmtlichen Zuhörern nicht eine einzige Stimme erhoben.

Beilageheft.

I (Zu Seite 8).*)

Behandlung einer streitigen Klagforderung bei unstreitiger Gegenforderung.[1])

Erstinstanzliches Urtheil.

1) Entwurf des beim Amtsgericht beschäftigten Referendars.

In Sachen

des Kaufmanns Adam Kisker, Klägers, im Prozeß vertreten durch den Rechtsanwalt Madler hier,

gegen

den Buchhändler Wilhelm Bode, Beklagten, hier,

wegen Darlehnsforderung

hat das Kgl. Amtsgericht zu G. auf Grund der mündlichen Verhandlung in der öffentlichen Sitzung vom 2. Dezember 1896 zu Recht erkannt:

Kläger wird mit seiner Klage kostenfällig abgewiesen.

Thatbestand.

Kläger behauptet, dem Beklagten am 5. April 1894 100 M., rückzahlbar am 1. Januar 1895, dargeliehen zu haben. Den darüber zugeschobenen Eid hat Beklagter, der die Klagbehauptung bestreitet, angenommen.

Zugleich hat sich Beklagter eventuell darauf berufen, daß ihm Kläger 100 M. für ein am 20. Juni 1895 käuflich geliefertes Exemplar der 6. Auflage des Meyer'schen Konversationslexikons schulde. Diese Gegenforderung erkennt Kläger an.

Kläger hat um Verurtheilung des Beklagten zur Zahlung von 100 M., Beklagter um Klagabweisung gebeten.

Entscheidungsgründe.

Das vom Kläger eingeklagte Darlehn empfangen zu haben, bestreitet der Beklagte. Es würde deshalb für den Kläger des Be=

*) Die Nummern I bis XII enthalten in der Vorlesung nach und nach vertheilte Druckblätter. Vergl. das Vorwort und Seite 248.

[1]) Zusammenstellung verschiedener in der Praxis vorgekommenen Urtheile nebst Begründung.

weises der Darlehnshingabe bedürfen, sofern nicht das Einredevorbringen des Beklagten diesen Beweis erübrigen sollte. Das ist der Fall. Da die vom Beklagten vorgeschützte Gegenforderung unstreitig ist, so steht bereits jetzt fest, daß das Verlangen des Klägers, der Beklagte solle zur Zahlung von 100 M. verurtheilt werden, unbegründet ist, und es bedarf die streitige Frage, ob die Klagforderung zur Entstehung gelangt ist oder nicht, keinerlei Entscheidung in diesem Prozesse. Würde ein Beweisverfahren über die Entstehung der Klagforderung eingeleitet, so käme es doch zur Klagabweisung, sowohl wenn der auferlegte Beweis erbracht, als wenn er nicht erbracht würde. Daraus erhellt, daß das Beweisverfahren zur Entscheidung über die vom Kläger gestellte Bitte, den Beklagten zur Zahlung von 100 M. zu verurtheilen, für diesen Prozeß überflüssig wäre.[2])

2) Urtheil des Amtsgerichts.

In Sachen

des Kaufmanns Adam Kisker, Klägers, im Prozeß vertreten durch den Rechtsanwalt Madler hier,

gegen

den Buchhändler Wilhelm Bode, Beklagten, hier,

wegen Darlehnsforderung

hat das Kgl. Amtsgericht zu G. auf Grund der mündlichen Verhandlung in der öffentlichen Sitzung vom 2. Dezember 1896 zu Recht erkannt:

Beklagter hat folgenden Eid zu leisten:

Ich schwöre 2c., daß ich am 5. April 1894 vom Kläger 100 M. dargeliehen nicht erhalten habe 2c.

Im Falle der Leistung wie der Nichtleistung dieses Eides wird der Kläger kostenfällig abgewiesen.

Thatbestand.

(Wiederholung des „Thatbestandes" voriger Seite.)

Entscheidungsgründe.

Das vom Kläger eingeklagte Darlehn empfangen zu haben bestreitet der Beklagte. Es bedarf deshalb für den Kläger des Beweises der Darlehnshingabe, sofern nicht durch das Einredevorbringen des Beklagten dieser Beweis erübrigen sollte. Das ist nicht der

---

[2]) Vergl. hierzu Seite 155 ff.

Fall. Denn wenngleich die vom Beklagten vorgeschützte Gegenforderung unstreitig ist, so kann auf Grund derselben der Klaganspruch doch erst dann zurückgewiesen werden, wenn der Klagegrund dargethan ist. Nur für den Fall der Führung dieses Beweises hat sich Beklagter auf seine Gegenforderung berufen. Er hat also ein Recht zu verlangen, daß erst nach geführtem Klagebeweise seine Gegenforderung zur Tilgung der Hauptforderung verwendet wird. Je nachdem dieser Beweis gelingt oder mißlingt, ist Kläger entweder wegen eingetretener Aufrechnung oder wegen Beweisfälligkeit abzuweisen. Seine Abweisung muß also sowohl bei Leistung wie bei Nichtleistung des über die Hingabe des Darlehns zugeschobenen, vom Beklagten angenommenen Eides erfolgen.

Die Prozeßkosten fallen dem im einen, wie im andern Falle unterliegenden Kläger zur Last.[1])

Zweitinstanzliches Urtheil.

1) Entwurf des Berichterstatters für das in der Berufungsinstanz zu erlassende Urtheil.

In Sachen

des Buchhändlers Wilhelm Bode hier, Berufungsklägers und Beklagten, vertreten im Prozeß durch den Rechtsanwalt Kohl hier,

gegen

den Kaufmann Adam Kisker, Berufungsbeklagten und Kläger, vertreten im Prozeß durch den Rechtsanwalt Müller hier,

hat das Kgl. Landgericht zu G. auf Grund der mündlichen Verhandlung in der öffentlichen Sitzung vom 2. Februar 1897 zu Recht erkannt:

> die Berufung des Beklagten gegen das Urtheil des Kgl. Amtsgerichts hier vom 2. Dezember 1896 wird unter Verurtheilung des Beklagten und Berufungsklägers in die entstandenen Kosten dieser Instanz zurückgewiesen.

Thatbestand.

Gegen das vorbezeichnete amtsgerichtliche Urtheil, welches dem Beklagten einen Eid auferlegt und, mag derselbe geleistet oder nicht geleistet werden, den Kläger kostenfällig abweist, hat der Beklagte form- und fristgerecht die Berufung eingelegt. Er erachtet sich be-

[1]) Vergl. hierzu Seite 218 ff.

schwert, weil die Abweisung des Klägers von der Leistung oder Nichtleistung eines Eides abhängig gemacht ist; die Abweisung hätte auf Grund der geltendgemachten zugestandenen Kompensationseinrede ohne Weiteres erfolgen müssen; es sei deshalb von ihm, dem Beklagten, ein unnützer Eid verlangt. Der Kläger widerspricht.

Entscheidungsgründe.

Die Beschwerde ist unbegründet.

Der Beklagte hat zunächst die Klagforderung bestritten, dann aber eine — vom Kläger anerkannte — Gegenforderung geltend gemacht. Hiernach ist vom Beklagten nur eventuell eine Kompensationseinrede vorgeschützt. Jede Aufrechnung hat die Existenz der Hauptforderung zur Voraussetzung. Demnach kann der Beklagte lediglich dann mit seiner Gegenforderung durchdringen, wenn zuvor die Existenz der Hauptforderung festgestellt ist. Mißlingt diese Feststellung, so muß der Kläger wegen Beweisfälligkeit, gelingt sie, so muß der Kläger auf Grund der dann als eingetreten anzusehenden Aufrechnung abgewiesen werden. Die Eidesleistung des Beklagten ist also von Erheblichkeit für den Grund der Klagabweisung. Das hätte in der Urtheilsformel dadurch zum Ausdruck kommen können, daß im Falle der Eidesleistung die Abweisung der Klage wegen Beweisfälligkeit des Klägers, im Falle der Nichtleistung des Eides die Abweisung der Klage wegen eingetretener Kompensation als Folge der Leistung bezw. Nichtleistung des Eides festgestellt wäre. Es genügt aber auch, wenn hierüber nicht die Urtheilsformel, vielmehr allein die Entscheidungsgründe sich aussprechen. Deshalb war das erstinstanzliche Urtheil gerechtfertigt, ohne daß es einer Abänderung der Urtheilsformel bedarf. Die in Hinsicht der eintretenden Rechtskraft verschiedene Bedeutung der Urtheilsformel, je nachdem der auferlegte Eid geleistet oder nicht geleistet wird, ergiebt sich aus den Entscheidungsgründen von selbst.[1])

Dem Berufungskläger, als dem unterliegenden Theil, fallen die Kosten dieser Instanz zur Last.

2) Urtheil des Gerichts zweiter Instanz nach dessen Beschluß.

In Sachen 2c.

hat das Kgl. Landgericht zu G. auf Grund der mündlichen Ver-

---

[1]) Vergl. hierzu Seite 208 ff.

handlung in der öffentlichen Sitzung vom 2. Februar 1897 zu Recht erkannt:

das Urtheil des Kgl. Amtsgericht zu G. wird dahin abgeändert: Beklagter hat folgenden Eid zu leisten:

Ich schwöre ꝛc., ich habe am 5. April 1894 vom Kläger 100 M. dargeliehen nicht erhalten ꝛc.

Im Falle der Eidesleistung wird die Klage wegen Beweisfälligkeit des Klägers abgewiesen, im Falle der Nichtleistung des Eides wird die Klage auf Grund stattgehabter Aufrechnung der Klagforderung abgewiesen. In beiden Fällen trägt der Kläger die Kosten beider Instanzen.[1])

Thatbestand.

(Wiederholung des „Thatbestandes" voriger Seite.)

Entscheidungsgründe.

a. Entwurf des Berichterstatters.

Der — noch ungewisse, weil bestrittene — Anspruch des Klägers wird zwar, falls er sich als begründet herausstellen sollte, durch die zugestandene Kompensationseinrede getilgt, und somit muß die Klage abgewiesen werden. Gleichwohl kann diese Entscheidung zur Zeit nicht getroffen werden, da die materielle Wirkung eines die Klage abweisenden Urtheils verschieden ist, je nachdem dies geschieht, weil der Anspruch an sich nicht begründet ist, in welchem Fall es zu einer Kompensation nicht kommen kann und also die Gegenforderung durch das Urtheil gar nicht berührt wird, oder aber weil der Kompensationseinrede stattgegeben wird, in welchem Fall die Gegenforderung soweit konsumirt wird, was zur Voraussetzung hat, daß die Klagforderung insoweit begründet ist. Es ist daher nicht zulässig, wie der Beklagte begehrt, es dahingestellt sein zu lassen, ob der Klaganspruch begründet sei oder nicht, und die Klage abzuweisen, weil die Klagforderung eventuell durch die Gegenforderung absorbirt werden würde, wobei es dann ungewiß bleibt, ob diese Eventualität eingetreten und die Gegenforderung durch die Kompensation erloschen sei oder noch bestehe.

Daß im Falle der Leistung des Eides über die Klagforderung der Kläger wegen Beweisfälligkeit, im Falle der Nichtleistung wegen

---

[1]) Vergl. hierzu Seite 206 ff. 218 ff.

erfolgter Aufrechnung abgewiesen wird, bedarf eines Ausdrucks in der Urtheilsformel.[1])

b. Entwurf eines andern Gerichtsmitgliedes.

Die Einrede der Aufrechnung ist, wenn sie mit einem Bestreiten des eingeklagten Anspruchs verbunden wird, ihrer Natur nach eine eventuelle und auch im gegenwärtigen Falle ausdrücklich nur in dieser Richtung vom Beklagten vorgeschützt worden. Die Forderung des Klägers wird durch bloße Existenz einer dieselbe deckenden liquiden Gegenforderung noch nicht getilgt, mithin wird der Kläger dadurch allein auch nicht gehindert, sein Recht klagend zu verfolgen und nach Führung der erforderlichen Beweise Befriedigung, sei es direkt oder durch entsprechende Abminderung des Gegenanspruchs, zu verlangen. Eine Abweisung der Klage in dem gegenwärtigen Stande des Prozesses, wie Beklagter sie begehrt, würde die Forderung des Klägers als eine illiquide, von dem auferlegten Beweise abhängige, und die Gegenforderung des Beklagten in ihrem vollen Betrage ungemindert fortbestehen, also das Rechtsverhältniß der Parteien völlig ungelöst lassen, bis der Beklagte seinerseits mit der vorbehaltenen Nachklage aufträte. Der Kläger hat indeß ein unbestreitbares Recht darauf, auf Grund seiner Klage reine Sache zu bekommen und den Streit nach Maßgabe der jetzt vorliegenden Verhandlungen, also ohne Rücksicht auf etwa versäumte Einreden, die der Beklagte in einem späteren Prozesse als Repliken noch vorbringen könnte, entschieden zu sehen.

Hiernach ist die Auflage eines Schiedseides über den Grund der Klage erforderlich. Je nach der Leistung oder Nichtleistung desselben war unter Verurtheilung des Klägers in die entstandenen Prozeßkosten die Beweisfälligkeit des Klägers oder die Tilgung seiner Forderung durch die Gegenforderung in der Urtheilsformel auszusprechen.[2])

c. Beschluß des Gerichts.

Die Beweiserhebung über den Klaggrund war unerläßlich. Denn nicht das Bestehen gegenseitiger Forderungen hat auf die beiderseitigen Forderungen Einfluß; es bedarf vielmehr der Erklärung eines Theiles, aufrechnen zu wollen. Der Beklagte will aber vorliegend eine Tilgung durch Aufrechnung nicht ausgesprochen, vielmehr

---

[1]) Vergl. hierzu Seite 204 ff.

[2]) Vergl. hierzu Seite 206 ff. 218 ff.

sich die anderweitige Einklagung seiner Gegenforderung vorbehalten wissen und demgegenüber dem Kläger die Aufrechnung mit der jetzigen Klagforderung gestattet haben. Ein Recht, die „Feststellung" seiner Forderung zu beantragen, hat dem Kläger im gegenwärtigen Prozesse nicht zugestanden wegen mangelnden rechtlichen Interesses. Es muß vielmehr nach den Grundsätzen der C.P.O. (sofern die Prozeßvoraussetzungen vorhanden und prozeßhindernde Einreden nicht vorhanden sind) über den in einer Klage erhobenen Anspruch endgültig entschieden werden, es muß also, wenn die Klagforderung wegen einer Gegenforderung abgewiesen wird, das Urtheil ergeben, wie weit aufgerechnet ist; insoweit kann dann die Gegenforderung nicht ferner geltend gemacht werden. Eine gegenseitige Aufrechnung ist nur möglich, wenn eine gültige Forderung und eine gültige Gegenforderung vorhanden ist; bei streitiger Hauptforderung bedarf es demnach der Feststellung, daß die Hauptforderung begründet ist. Gelingt der Beweis des Bestehens der Hauptforderung, so erfolgt die Abweisung des Klägers, weil sein Anspruch durch die Gegenforderung erloschen ist. Mißlingt jener Beweis, so tritt die Abweisung der Klage wegen Beweisfälligkeit des Klägers ein. In beiden Fällen hat Kläger als unterliegender Theil die Kosten des Prozesses zu tragen.[1])

Gesetzesstellen, welche aus Anlaß der Beurtheilung vorstehenden Rechtsfalles in der Vorlesung zur Erläuterung gelangten.

1. aus der deutschen Civilprozeßordnung:

§ 136. Das Gericht kann anordnen, daß mehrere in einer Klage erhobene Ansprüche in getrennten Prozessen verhandelt werden.

Dasselbe gilt, wenn der Beklagte eine Gegenforderung vorgebracht hat, welche mit der in der Klage geltend gemachten Forderung nicht in rechtlichem Zusammenhange steht.[2])

§ 272 bis § 274. Ist der Rechtsstreit zur Endentscheidung reif, so hat das Gericht dieselbe durch Endurtheil zu erlassen.

Dasselbe gilt, wenn von mehreren zum Zwecke gleichzeitiger Verhandlung und Entscheidung verbundenen Prozessen nur der eine zur Endentscheidung reif ist (§ 272).[3])

---

[1]) Vergl. hierzu Seite 206 ff. 218 ff.

[2]) Vergl. Seite 49 f.

[3]) Vergl. Seite 19 f.

Ist von mehreren in einer Klage geltend gemachten Ansprüchen nur der eine, oder ist nur ein Theil eines Anspruchs, oder bei erhobener Widerklage nur die Klage oder die Widerklage zur Endentscheidung reif, so hat das Gericht dieselbe durch Endurtheil (Theilurtheil) zu erlassen.

Die Erlassung eines Theilurtheils kann unterbleiben, wenn das Gericht sie nach Lage der Sache nicht für angemessen erachtet (§ 273).

Ist von dem Beklagten mittels Einrede eine Gegenforderung geltend gemacht, welche mit der in der Klage geltend gemachten Forderung nicht in rechtlichem Zusammenhange steht, so kann, wenn nur die Verhandlung über die Forderung zur Endentscheidung reif ist, diese unter Trennung der Verhandlungen durch Theilurtheil erfolgen (§ 274).[1])

§ 491 Abs. 2. Neue Ansprüche dürfen (in zweiter Instanz) . . . erhoben werden, wenn mit denselben kompensirt werden soll, und wenn zugleich glaubhaft gemacht wird, daß die Partei ohne ihr Verschulden außer Stande gewesen sei, dieselben in erster Instanz geltend zu machen.[2])

§ 293. Urtheile sind der Rechtskraft nur insoweit fähig, als über den durch die Widerklage erhobenen Anspruch entschieden ist.

Die Entscheidung über das Bestehen oder Nichtbestehen einer mittels Einrede geltend gemachten Gegenforderung ist der Rechtskraft fähig, jedoch nur bis zur Höhe desjenigen Betrages, mit welchem aufgerechnet werden soll.[3])

2. aus dem Preußischen Allgemeinen Landrechte Theil I Tit. 16.

(Vom Vorbehalte bei Zahlungen):

§ 160. Wird eine Zahlung mit Vorbehalt geleistet, so bleibt dem Zahlenden das Recht, seine Einwendungen gegen die Zahlungsverbindlichkeit auch nachher noch geltend zu machen.

§ 163. Ist der Vorbehalt nicht in Ansehung aller Einwendungen überhaupt geschehen, so erstreckt seine Wirkung sich nur auf solche, die ausdrücklich vorbehalten sind.

§ 164. Will der Zahlungsnehmer sich bei dem Vorbehalte nicht beruhigen: so steht ihm frei, den Zahlenden zur rechtlichen Ausführung seiner Einwendungen, nach Vorschrift der Prozeßordnung, gerichtlich aufzufordern.[4])

(Die hier in Bezug genommene Vorschrift ist die Vorschrift der Preuß. Allgemeinen Gerichtsordnung Theil I Tit. 32 §§ 2 ff.):

Wenn Jemand weiß, daß ein Andrer sich eines gewissen Anspruchs an ihn berühme, welchen er nicht einräumen will, . . . so kann er den Weg der Diffamationsklage wählen (§§ 2, 3).

Der Ladung des Beklagten wird die Warnung beigefügt, daß er bei ungehorsamem Ausbleiben der Diffamation für geständig und die gerühmte Klage innerhalb eines gewissen Zeitraums anzustellen für schuldig erachtet, sonst aber ihm ewiges Stillschweigen damit auferlegt würde (§ 8).

---

[1]) Vergl. Seite 55 f.

[2]) Vergl. Seite 59.

[3]) Vergl. Seite 60 f.

[4]) Vergl. Seite 97 f.

3. aus dem Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch:

Die Aufrechnung (von Forderungen) erfolgt durch Erklärung gegenüber dem andern Theile. Die Erklärung ist unwirksam, wenn sie unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung abgegeben wird (§ 388).[1])

II (Zu Seite 16).

Mangelhafte Klaganträge.

1. Der Kläger hat dem Beklagten eine hypothekarische Schuldverschreibung über ein Darlehn von 1500 M. ausgehändigt, behauptet aber, nur 500 M. erhalten zu haben. Er erhebt Klage mit dem Antrage:

das Gericht wolle a. erkennen, daß der Kläger auf Grund der Schuldverschreibung vom 10. Dezember 1895 nicht 1500, sondern nur 500 M. erhalten hat, b. den Beklagten verurtheilen, an den Kläger die Summe von 1000 M. auf Grund dieser Schuldverschreibung nebst Zinsen zu 5 % seit dem Klagtage zu zahlen, c. erkennen, daß die an den Kläger am 1. April 1896 geschehene Kündigung des Kapitals von 1500 M. unwirksam ist, auch d. den Beklagten verurtheilen, dem Kläger allen durch richterliches Ermessen festzusetzenden Schaden, der durch die Nichterfüllung der Obligation entstanden, zu ersetzen und die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.[2])

---

[1]) Vergl. Seite 10. 13. 139. 160 ff.

[2]) Die Klagbitte zu a ist im Rechte nicht gegeben. Hat Jemand statt zugesagter 1500 M. Darlehn nur 500 erhalten, so genügt seinem Interesse, auf Nachzahlung der fehlenden 1000 M. zu klagen, wie unter b der Klagbitte geschehen. Ein Urtheil, „daß nur 500 M. gezahlt seien", könnte nur ein Feststellungsurtheil und zwar ein Urtheil auf Feststellung einer Thatsache, nicht eines Rechtsverhältnisses sein. Zur Feststellung von Thatsachen dient die allein in Frage kommende Bestimmung des § 231 C.P.O. nicht. Sollte der Beklagte behauptet haben, es seien 1500 M. dargeliehen, so konnte eine negative Feststellungsklage dahin gegeben sein, daß der Beklagte nicht 1500 M., überhaupt nicht mehr als 500 M. dargeliehen habe. Eine solche Klage scheint mit dem Antrage unter a verfolgt werden zu sollen, sie fällt aber auch in dieser Richtung, da die Leistungsklage auf 1000 M. gegeben ist, folglich für die Feststellungsklage das nöthige Interesse mangelt. Auf Unwirksamkeitserklärung einer Kündigung kann man, wie zu c geschehen, ebenfalls nicht klagen. Auf Schadensersatz wegen Verzugs des Beklagten würde (zu d) eine Klage begründet sein, daneben aber nicht auf 5 % Zinsen, wie sie unter b gefordert werden. Daß der Schaden nach richterlichem Ermessen festzusetzen, gehört nicht in die Klagbitte. Die mit unnützen Dingen

2. Der Kläger hat dem Beklagten einen Teppich für 300 M. verkauft. Unter dem Erbieten, den Teppich zu liefern, klagt er gegen den Beklagten auf Verurtheilung zur Zahlung der 300 M. Der Beklagte behauptet, daß der Kaufvertrag, weil von ihm in der Minderjährigkeit ohne Genehmigung seines Vormundes abgeschlossen, unwirksam sei, und beantragt widerklagend:

den Kläger kostenpflichtig zu verurtheilen anzuerkennen, daß der fragliche Kaufvertrag, auf Grund dessen der Kläger die Verurtheilung des Beklagten beantragt hat, unwirksam ist, und daß dem Kläger aus demselben keinerlei Rechte gegen den Beklagten zustehen.[1])

3. Der Kläger behauptet, dem Beklagten eine Miethwohnung für den jährlichen Miethzins von 400 M. eingeräumt zu haben; der Miethzins des letzten Quartals sei rückständig. Er klagt und bittet:

das Gericht wolle den Beklagten verurtheilen anzuerkennen, daß der Miethvertrag zwischen den Parteien bestehe, und den Beklagten weiter verurtheilen, dem Kläger den rückständigen Miethzins mit 100 M. zu bezahlen.[2])

4. Ein Hypothekargläubiger, der dem Schuldner das geliehene Kapital rechtzeitig gekündigt, aber Zahlung nicht erlangt hat, will die Zwangsversteigerung der Hypothek einleiten und klagt deshalb gegen seinen Schuldner mit der Bitte:

den Kläger für berechtigt zu erklären, den öffentlichen Verkauf der in der Klage bezeichneten Hypothek zu beantragen, und den Beklagten zu verurtheilen, sich auf des Klägers Antrag den Verkauf gefallen zu lassen.

---

angefüllte Klagbitte wäre also dahin zu vereinfachen, „daß der Beklagte verurtheilt werde, 1000 M. dem Kläger darzuleihen und ihm den entstandenen Schaden zu ersetzen".

[1]) Nur der letzte Theil der Widerklage ist gerechtfertigt. Eine Pflicht des Beklagten zur Anerkennung besteht nicht (vergl. S. 15. 16). Mit dem Urtheil, daß dem Kläger keine Rechte aus dem Kaufvertrag zustehen (negative Feststellungsklage!) ist die Unwirksamkeit des Kaufvertrags ausgesprochen; eine Klage auf Unwirksamkeitserklärung von Verträgen giebt es überhaupt nur, wo sie das Gesetz eingeführt hat.

[2]) Auch hier ist nur der letzte Theil der Klagbitte möglich. Eine Pflicht zur Anerkennung eines Miethvertrags liegt dem Miether nicht ob. Eine Feststellungsklage ist aus dem Miethsvertrag nicht gegeben, da auf Zahlung des Miethzinses geklagt werden kann; ein weiteres Klaginteresse ist nicht ersichtlich.

Ueber diese Klagbitte äußert sich der Referent wie folgt:

„Es könnte zweifelhaft erscheinen, ob nicht zwei selbstständige, nur äußerlich mit einander verbundene Klagen vorliegen, eine Feststellungsklage, zu der der Antrag:

den Kläger für berechtigt zu erklären, den öffentlichen Verkauf 2c. zu beantragen,

gehören würde, und eine Leistungsklage, die in dem Antrage auf Verurtheilung des Beklagten zur Duldung dieses Verkaufs gipfelte. Wäre dies der Fall, so müßte zur Erschöpfung der Klagbitte auf beide Klagen erkannt werden. Nach den geltenden Grundsätzen über das Verhältniß der Feststellungs- zur Leistungsklage würde dann im gegebenen Falle, wenn der letzteren entsprochen würde, die erstere abzuweisen sein.

— Vergl. auch Urtheil des II. Civilsenats des Reichsgerichts vom 25. Oktober 1881 in R.G. Band 5 S. 393. —

Die oben aufgeworfene Frage ist jedoch zu verneinen. Die Fassung des Klagantrags ist dafür, ob eine Feststellungs- oder Leistungsklage vorliegt, nicht mit Sicherheit bestimmend, es muß vielmehr in jedem einzelnen Falle aus den gesammten Thatumständen, besonders also auch aus dem sonstigen Parteivorbringen, „der wahre Sinn des Klagbegehrens" entnommen werden.

Aus dem ganzen Sachverhalt geht nun m. E. klar hervor, daß der Kläger nur eine — einheitliche — Klage hat erheben wollen, und daß er nur aus Irrthum diese Klage in ihrer Totalität als Feststellungsklage auffaßt. Es erscheint nicht einmal eine Ausübung des richterlichen Fragerechts in dieser Hinsicht erforderlich. Das Ziel der Klage ist lediglich die Beseitigung des Widerstandes des Beklagten gegen den öffentlichen Verkauf der Hypothek. Ein Urtheil, welches den Beklagten zur Duldung des Verkaufs verurtheilt, erfüllt dieses klägerische Verlangen vollständig. Die Zweitheilung des Klagantrags beruht nur auf einer ungeschickten Auseinanderzerrung des klägerischen Rechts und der korrespondirenden Verpflichtung des Beklagten. Der Kläger verlangt nichts Anderes, als den Beklagten zu verurtheilen, sich den öffentlichen Verkauf 2c. auf seinen Antrag hin gefallen zu lassen.

Für den Fall der Verurtheilung des Beklagten erscheinen auch die Worte „auf seinen Antrag hin" überflüssig; denn das Urtheil schafft ja doch nur zwischen den Parteien Recht, die Verpflichtung

des Beklagten zur Duldung des Verkaufs wird also immer nur dem Kläger gegenüber ausgesprochen. Das Recht des Klägers, „den öffentlichen Verkauf zu beantragen", wird nun m. E. schon durch die Verurtheilung des Beklagten zur Duldung dieses Verkaufs rechtskräftig festgestellt, es ist aber immer nur Entscheidungsgrund, einer gesonderten Feststellung im Tenor erscheint es nicht fähig. Hiergegen kann nicht geltend gemacht werden, daß bei den dinglichen Klagen die „pronunciatio", die richterliche Anerkennung des klägerischen Rechts, ein wesentlicher Inhalt der Urtheilsformel sei. Die pronunciatio hat die rechtskräftige Feststellung des dinglichen Rechts als solchen zur Folge. Im vorliegenden Falle verlangt Kläger aber gar nicht die Feststellung seines Rechtes — dies wird ihm von dem Beklagten gar nicht bestritten — sondern die Feststellung einer einzelnen, aus seinem Rechte folgenden Befugniß gegenüber dem Beklagten.

Aus diesen Gründen ist für den Fall der Verurtheilung des Beklagten die Aufnahme des ersten Theils des Klagantrags in die Urtheilsformel nicht angängig, ohne daß es andererseits einer besonderen Zurückweisung dieses Antrags bedarf." [1])

III (Zu Seite 31).

Reife des Prozesses zur Endentscheidung (§ 272 C.P.O.).

a.

In Sachen

[des Kaufmanns Marcus Kerst zu B., Klägers,

gegen

den Kaufmann Carl Bank zu K., Beklagten,

wegen Waarenforderung

---

[1]) Die Beurtheilung des Referenten geht im Wesentlichen von richtigen Gesichtspunkten aus. Nur scheint dem Referenten (wie dem Autor der hier vorliegenden Bitte) unbekannt zu sein, daß die aus dem gemeinen Rechte herstammende hypothekarische Klage darauf gerichtet ist, den Beklagten — unter richterlicher Anerkennung des klägerischen Pfandrechts — zu verurtheilen, den Zwangsverkauf geschehen zu lassen. Aus dieser Formulirung ist die vorliegende Bitte entstanden. An eine Feststellungsklage war nicht zu denken. Ob der Beklagte die Feststellung des klägerischen Rechts bestritten hat, ist für die richterliche Anerkennung des Pfandrechts (die pronunciatio) gleichgültig. Außerdem ist der Entscheidungsgrund unzutreffend, es bedürfe keiner Zurückweisung des vom Richter für unbegründet gehaltenen Theiles der Klagbitte (s. Seite 16).

erkennt das Kgl. Amtsgericht zu K. auf Grund der mündlichen Verhandlung in öffentlicher Sitzung vom 10. April 1895 für Recht:

der Kläger wird mit seiner Klage kostenfällig abgewiesen.

Thatbestand.

Der Kläger hat vom Beklagten den angeblich verabredeten Kaufpreis für einen angeblich am 12. Mai 1893 verkauften und überlieferten goldenen Ring mit Topasen im Betrage von 95 M. gefordert. Der Beklagte hat sämmtliche Klagthatsachen bestritten, und außerdem geltend gemacht, am 2. Januar 1895 habe er mit dem Kläger über ihr gegenseitiges Schuldverhältniß abgerechnet, er sei dabei mit dem Kläger dahin einig geworden, daß keiner vom andern noch etwas zu fordern habe. Dies hat der Kläger geleugnet. Der Kläger hat über die Klagethatsachen Beweis durch die Zeugen Schuhmacher Carl Müller und dessen Ehefrau, Caroline geb. Kuntz zu X., der Beklagte hat über die Einredethatsachen Beweis durch die Zeugen Kaufmann Christoph Hering und Kommis Albert Schulze, ebenfalls zu X., angetreten.

Das Gericht hat beschlossen, die beiderseitigen Zeugen über die in ihre Wissenschaft gestellten Thatsachen zu vernehmen, da dem Kläger der Beweis über die käufliche Lieferung der von ihm bezeichneten Waaren und über die behauptete Preisabrede, dem Beklagten der Beweis über die eventuell von ihm behauptete Tilgung der Klagforderung durch Abrechnung obliegt.] [1])

Von den zum Termine den 13. Februar d. J. geladenen Zeugen waren nur die Zeugen des Beklagten erschienen. Sie haben übereinstimmend eidlich bekundet, daß in ihrer Gegenwart die Parteien am 2. Januar 1895 über ihre gegenseitigen Ansprüche abgerechnet haben; am Schlusse ihrer Verhandlungen habe der Kläger zum Beklagten gesagt: „Also sind wir nunmehr quitt, Sie haben nichts mehr von mir und ich habe nichts mehr von Ihnen zu fordern"; das habe der Beklagte bejaht.

Die zum heutigen Termine nochmals geladenen und nunmehr erschienenen Zeugen des Klägers haben bekundet, sie seien am 12. Mai 1893 mit dem Beklagten, der einen Ring mit Edelsteinen kaufen wollte, in des Klägers Laden gekommen. Dort sei der Kläger und der Beklagte zwar über einen vom erstern dem letztern

[1]) Der Beweisbeschluß hat nach § 324 C.P.O. Gründe nicht zu enthalten.

in die Hand gegebenen goldnen Ring mit Topasen in Unterhandlung getreten, die Verhandlung habe aber zu keinem Resultate geführt, da der Kläger 95 M. als Preis forderte, der Beklagte aber nur 90 M. geben wollte. Der Beklagte habe darauf den Ring wieder auf den Ladentisch gelegt und sein Bedauern ausgesprochen, daß er vom Kaufe abstehen müsse. Hierauf hätten sie mit dem Beklagten den Laden des Klägers verlassen.

Entscheidungsgründe.

Durch die Aussage der klägerischen Zeugen ist nicht nur der Beweis der Klagthatsachen mißlungen, sondern es ist sogar der Gegenbeweis erbracht, daß der nach Behauptung des Klägers am 12. Mai 1893 abgeschlossene Kauf nicht zu Stande gekommen, daß es vielmehr bei bloßen Vorverhandlungen verblieben ist, die zu einer Einigung der Parteien nicht geführt haben.

Hiernach ist der dem Kläger obliegende Beweis der Klagthatsachen mißlungen. Einer Beweiswürdigung der Aussagen der Zeugen des Beklagten betreffs der nur eventuell in Betracht kommenden Einrede, daß die Klagforderung durch Abrechnung getilgt sei, bedarf es bei dieser Sachlage nicht mehr. Die Klage ist wegen Beweisfälligkeit des Klägers unter Verurtheilung desselben in die Kosten abzuweisen.

---

b.

In Sachen ꝛc.

(Wiederholung des Urtheils a in seinem Eingang und in den zwei ersten Absätzen des Thatbestandes. Die zu wiederholenden Stellen sind mit [ ] bezeichnet.)

Von den zum heutigen Termine geladenen und erschienenen beiderseitigen Zeugen haben die Zeugen des Klägers übereinstimmend bekundet, sie seien am 12. Mai 1893 mit ꝛc.

(Wiederholung der den Kauf des Ringes widerlegenden Aussage der klägerischen Zeugen aus voriger Seite.)

Die weiter vernommenen Zeugen des Beklagten haben sodann eidlich bekundet, daß in ihrer Gegenwart ꝛc.

(Wiederholung der die Abrechnung bestätigenden Aussage der Zeugen des Beklagten aus voriger Seite.)

Hiernach ist der dem Kläger obliegende Beweis der Klagthatsachen mißlungen. Einer Beweiswürdigung der Aussagen der

Zeugen des Beklagten betreffs der nur eventuell in Betracht kommenden Einrede, daß die Klagforderung durch Abrechnung getilgt sei, bedarf es bei dieser Sachlage nicht mehr. Die Klage ist wegen Beweisfälligkeit des Klägers unter Verurtheilung desselben in die Kosten abzuweisen.

IV (Zu Seite 36).

Beschlußeid und § 272 C.P.O.

In Sachen

des Kaufmanns Leopold Knie zu X., Klägers,

gegen

den Bäcker Christoph Binser daselbst, Beklagten,

wegen Kaufgeldforderung

erkennt das Kgl. Amtsgericht zu X. auf Grund der mündlichen Verhandlung in der öffentlichen Sitzung vom 10. April 1895 für Recht:

Kläger hat folgenden Eid zu leisten:

ich schwöre, daß der Beklagte die von mir geforderten 20 M. für ein käuflich am 3. Februar 1895 geliefertes Beinkleid am 6. März 1895 mir nicht gezahlt hat,

im Falle der Leistung des Eides wird der Beklagte verurtheilt, dem Kläger 20 M. zu zahlen und die Prozeßkosten zu tragen,

im Falle der Nichtleistung des Eides wird der Kläger mit seiner Klage kostenfällig abgewiesen.

Thatbestand.

Unstreitig hat der Beklagte im Laden des Klägers am 3. Februar 1895 ein schwarzes Beinkleid für den verabredeten Preis von 20 M. gekauft und überliefert erhalten. Der hiernach begründeten auf Zahlung von 20 M. gerichteten Klage gegenüber hat der Beklagte behauptet, die 20 M. dem Kläger am 6. März 1895 gezahlt zu haben. Der Kläger hat dies unter Annahme des ihm zugeschobenen Eides bestritten. Die Parteien haben erklärt, darüber einverstanden zu sein, daß nach der Sachlage von dem Kläger eidlich zu erhärten sei, er habe am 6. März 1895 vom Beklagten die geforderten 20 M. nicht gezahlt erhalten.

Entscheidungsgründe.

Bei unstreitiger Klagforderung lag dem Beklagten der Beweis seiner Zahlungseinrede ob, da der Kläger deren thatsächliche Grund=

lage in Abrede gestellt hat. Der Beklagte hat sich als Beweismittels der Zuschiebung des Eides bedient; es hängt daher die Entscheidung des Rechtsstreites, da der Kläger den Eid angenommen hat, lediglich von der Leistung oder Nichtleistung dieses Eides ab. Der Eid war durch bedingtes Endurtheil aufzuerlegen, nicht durch Beweisbeschluß, obwohl die Parteien ihr Einverständniß über Norm und Erheblichkeit des Eides erklärt haben. Zwar giebt in solchen Fällen der § 426 C.P.O. dem Richter die Befugniß, den Eid durch Beweisbeschluß aufzuerlegen und in der Instanz abzunehmen. Von dieser Befugniß darf aber nach § 272 C.P.O. der Richter nur dann Gebrauch machen, wenn die Sache noch nicht zur Endentscheidung reif ist. Unter Endentscheidung im Sinne dieser Vorschrift ist sowohl das unbedingte, wie das bedingte Endurtheil zu verstehen, so daß, auch wenn die Sache nur zu einem bedingten Endurtheil reif erscheint, ein solches Urtheil ergehen muß, nicht aber von der Befugniß des § 426 Gebrauch gemacht werden darf, von der endlichen Entscheidung abzusehen und ein Beweisverfahren durch Auflage eines Beschlußeides einzuleiten.

Hiernach war, wie geschehen, zu erkennen.

V (Zu Seite 41).

Widerklage und eventuelle Kompensationseinrede.

In Sachen

des Baumeisters Martin Kleber zu X., Klägers und Widerbeklagten,

gegen

den Sekretär Heinrich Bode daselbst, Beklagten und Widerklägers,

wegen Miethzinses,

erkennt das Kgl. Amtsgericht zu X. auf Grund der mündlichen Verhandlung in öffentlicher Sitzung vom 20. Oktober 1896 für Recht:

zur Hauptklage: der Beklagte und Widerkläger, wird verurtheilt, dem Kläger 50 M. zu zahlen; das Urtheil wird für vorläufig vollstreckbar erklärt,

zur Widerklage: der Kläger und Widerbeklagte wird verurtheilt, dem Beklagten und Widerkläger 95 M. zu zahlen; das Urtheil wird für vorläufig vollstreckbar erkärt,

die Kosten des Prozesses fallen dem Beklagten und Widerkläger zu $^{10}/_{29}$, dem Kläger und Widerbeklagten zu $^{19}/_{29}$ zur Last.

V. R. w.

Thatbestand.

Der Beklagte hat im Hause Nr. 26 der Carlstraße eine Hofwohnung, bestehend in Stube und Kammer des zweiten Stockes, für monatlich 25 M. miethweise inne.

Für die Monate August und September ist der Miethzins rückständig.

Der Kläger hat mit der Behauptung, daß er jene Wohnung dem Beklagten vermiethet habe, klagend beantragt, den Beklagten zur Zahlung von 50 M. zu verurtheilen.

Der Beklagte hat bestritten, die fragliche Wohnung vom Kläger gemiethet zu haben; er habe sie vom Sohn des Klägers, vom Hauseigenthümer, gemiethet; die Klage beantrage er als unbegründet abzuweisen.

Weiter hat der Beklagte geltend gemacht, der Kläger habe ihm beim Miethen der Wohnung versprochen, dafür sorgen zu wollen, daß ein Cadé=Ofen in die gemiethete Stube gesetzt werde. Da der Kläger dieser seiner Verpflichtung auch auf wiederholte Aufforderung nicht nachgekommen sei, habe Beklagter sich auf eigene Kosten den Cadé=Ofen setzen lassen und dafür dem Kaufmann Engel den angemessenen, auch üblichen und verabredeten Preis von 95 M. gezahlt. Diesen Betrag sei der Kläger ihm zu erstatten schuldig.

Es erhebt demgemäß der Beklagte Widerklage mit der Bitte, den Kläger zur Zahlung von 95 M. zu verurtheilen. Eventuell macht er seine Gegenforderung bis zum Belaufe der Hauptforderung kompensationsweise geltend und bittet um Abweisung der Klage auf Grund der Gegenforderung.

Der Kläger bestreitet das vom Beklagten behauptete Versprechen; im Uebrigen giebt er die Behauptungen des Beklagten zu.

Es ist über die streitigen Parteibehauptungen durch Auflage der beiderseits zugeschobenen Eide, über deren Norm und Erheblichkeit die Parteien einig waren, Beweis erhoben worden und ist demgemäß dem Beklagten zu beschwören auferlegt:

> daß er die im Hause Nr. 26 der Carlstraße von ihm innegehabte Hofwohnung nicht vom Kläger, sondern vom Sohn des Klägers gemiethet habe;

dem Kläger aber:

> daß er dem Beklagten nicht versprochen habe, dafür sorgen zu wollen, daß in der vom Beklagten innegehabten Wohnung ein Cadé=Ofen gesetzt werde.

Beide Theile haben im Eidestermin erklärt, die auferlegten Eide nicht leisten zu können.

Entscheidungsgründe.

Nach dem stattgehabten Beweisverfahren ist sowohl die Wahrheit der Behauptungen des Klägers, als die Wahrheit der Behauptungen des Beklagten, soweit sie streitig waren, für bewiesen anzunehmen.

Daraus ergiebt sich, daß zur Hauptklage, wie zur Widerklage Verurtheilung einzutreten hat. Auf die nur eventuell erhobene Kompensationseinrede war nicht weiter einzugehen, da der Beklagte mit seiner auf Grund der Gegenforderung zunächst erhobenen Widerklage durchdringt.

VI (Zu Seite 54).

Getrennte Prozesse des § 136 C.P.O.

1.

In Sachen

des Schneidermeisters Johann Keidel zu X., Klägers,

gegen

den Kaufmann Theodor Bill daselbst, Beklagten,

erkennt das Kgl. Amtsgericht zu X. auf Grund der mündlichen Verhandlung in öffentlicher Sitzung vom 3. Mai 1896 für Recht:

Kläger wird mit der erhobenen Klage kostenfällig abgewiesen. V. R. w.

Thatbestand.

Der Kläger schuldet unbestrittenermaßen dem Beklagten seit dem 6. Oktober 1894 50 M. aus Darlehn vom 6. April 1894.

Der Kläger behauptet, daß er dem Beklagten am 10. November 1895 einen braunen Tuchrock für den verabredeten Preis von 50 M. käuflich geliefert habe, und bittet klagend, den Beklagten zur Zahlung von 50 M. zu verurtheilen.

Der Beklagte bestreitet diese Behauptung und beruft sich eventuell auf seine Gegenforderung aus dem Darlehn vom 6. April 1894 mit der Bitte um Klagabweisung.

Der Kläger schiebt über seine Klagbehauptung den Eid zu, den der Beklagte annimmt.

Entscheidungsgründe.

Da der Beklagte den der Klage zur genügenden Grundlage dienenden Kaufvertrag bestritten hat, so liegt dem Kläger der Beweis seiner Klagbehauptungen ob, und es hängt die Frage, ob der Beklagte aus dem angeblichen Kaufe dem Kläger 50 M. zu zahlen schuldig geworden ist, von der Verweigerung oder der Leistung des Eides des Beklagten über die Thatsachen ab, ob der Kläger dem Beklagten am 10. November 1895 einen braunen Tuchrock käuflich geliefert hat, und ob als Preis des Rockes der Preis von 50 M. vereinbart worden ist.

Der Klagforderung gegenüber hat der Beklagte eventuell seine vom Kläger zugegebene Darlehnsforderung kompensationsweise mit der Bitte um Klagabweisung geltend gemacht.

Da diese Gegenforderung mit der Hauptforderung in keinerlei rechtlichem Zusammenhang steht, so war das Gericht nach § 136 C.P.O. befugt, die Verhandlung über die Hauptforderung von der Verhandlung über die Gegenforderung zu trennen.

Von dieser Befugniß hat das Gericht Gebrauch gemacht.

Demgemäß war — unter Vorbehalt der Rechte des Klägers aus seiner noch im Streite befangenen Klagforderung — schon jetzt auf Grund der unstreitigen Gegenforderung zu erkennen.

Dies Erkenntniß konnte nur auf Klagabweisung lauten, da durch die Gegenforderung die Klagforderung — wenn sie bestanden hat — jedenfalls getilgt ist. Ob die Tilgung eingetreten ist, darüber hat das demnächstige Nachtragserkenntniß zu entscheiden. Eine Verurtheilung des Klägers, die Gegenforderung dem Beklagten zu bezahlen, konnte nicht ausgesprochen werden, da eine darauf gerichtete Widerklage vom Beklagten nicht erhoben ist.

2.

In Sachen

des Schneidermeisters Johann Keidel zu X, Klägers,

gegen

den Kaufmann Theodor Bill daselbst, Beklagten,

erkennt das Kgl. Amtsgericht zu X. auf Grund der mündlichen Verhandlung in öffentlicher Sitzung vom 5. Juni 1896 für Recht:

die durch Erkenntniß vom 3. Mai d. J. ausgesprochene Klag-

abweisung wird hiermit als auf Grund der Beweisfälligkeit des Klägers erfolgt festgestellt. V. R. w.

Thatbestand und Gründe.

Durch Urtheil vom 3. Mai d. J. ist von diesem Gerichte unter Vorbehalt der Rechte des Klägers aus seiner streitigen Klagforderung die Klagabweisung zufolge der nach Maßgabe des § 136 C.P.O. getrennten Verhandlung auf Grund der unstreitigen Gegenforderung vorläufig ausgesprochen worden.

Die nachträgliche Verhandlung hat demzufolge nur die Klagforderung zum Gegenstande gehabt.

Den über die Entstehung der Klagforderung ihm zugeschobenen Eid, über dessen Norm und Erheblichkeit die Parteien einig waren, hat der Beklagte dahin abgeleistet, daß er vom Kläger den in der Klage bezeichneten Rock käuflich nicht überliefert erhalten habe. Kläger ist mithin beweisfällig, und es war nunmehr die bereits ausgesprochene Klagabweisung als auf Grund eingetretener Beweisfälligkeit des Klägers erfolgt festzustellen.[1])

VII (Zu Seite 66).

Unstreitige Einreden der Aufrechnung und des Verzichts bei unstreitiger Klagforderung.

1.

In Sachen

des Müllers Karl Kilian zu Berlin, Magdeburgerstr. 12, Klägers,

gegen

den Kaufmann Ludwig Brick ebenda, Sebastianstr. 9, Beklagten,

wegen Darlehnsforderung

hat das Kgl. Amtsgericht I zu Berlin auf Grund der öffentlichen Verhandlung vom 27. März 1897 für Recht erkannt:

Kläger wird mit der erhobenen Klage kostenfällig abgewiesen. V. R. w.

Thatbestand.

Der im Frühjahr 1897 verstorbene Erblasser des Klägers hat unbestritten dem ebenfalls im Frühjahr 1897 verstorbenen Erblasser

---

[1]) Das Nachtragsurtheil läßt deutlich in die Erscheinung treten, daß die Eidesleistung oder Nichtleistung nur behufs Feststellung eines Entscheidungsgrundes Bedeutung hat. Vergl. Seite 216.

des Beklagten im Mai 1892 den Betrag von 100 M., rückzahlbar am 1. Juni 1896, baar dargeliehen. Der Kläger bittet, den Beklagten kostenfällig zur Zahlung dieser Summe zu verurtheilen. Der Beklagte beantragt die Abweisung der Klage, weil die klägerische Forderung schon vor der Klagerhebung untergegangen sei. Er beruft sich auf folgende vom Kläger zugestandene Thatumstände:

1. Im November 1896 ist der Erblasser des Klägers aus käuflicher Lieferung von Kolonialwaaren, die in der vom Beklagten vorgelegten hiermit in Bezug genommenen Rechnung verzeichnet sind, dem Erblasser des Beklagten den vereinbarten Kaufpreis von 100 M. schuldig geworden. Der Erblasser des Beklagten hat in demselben Monat dem Erblasser des Klägers geschrieben, er rechne diesen Kaufpreis gegen das geschuldete Darlehn auf.

2. Im November 1896 hat der Erblasser des Klägers dem Erblasser des Beklagten eine Urkunde ausgestellt, in welcher er erklärte, auf alle Forderungen, die er gegen den Erblasser des Beklagten habe, verzichten zu wollen. Der Erblasser des Beklagten hat alsbald erwidert, diesen Verzicht dankbar annehmen zu wollen.

Vom Gericht aufgefordert, nähere Angaben über die Zeit der Vorgänge unter 1 und 2 zu machen, haben die Parteien erklärt, dazu nicht im Stande zu sein. Der zu 1 erwähnte Brief und die zu 2 erwähnte Urkunde sind datirt: „im November 1896."

Entscheidungsgründe.

Der Beklagte gesteht zu, daß seinem Erblasser der Erblasser des Klägers ein am 1. Juni 1896 rückzahlbares Darlehn von 100 M. gegeben hat. Er würde also zur Zahlung von 100 M. zu verurtheilen sein, wenn nicht die vom Beklagten geltendgemachten und zugestandenen Thatumstände den Klaganspruch ausschlössen.

Dies ist der Fall. Die Darlehnsforderung des Klägers stellt sich sowohl durch die Gegenforderung, mit welcher der Erblasser des Beklagten im November 1896 erklärt hat aufrechnen zu wollen, als durch den vom Erblasser des Klägers im November 1896 erklärten Verzicht als erloschen dar. Ob sie im gegenwärtigen Urtheile durch den Verzicht für erloschen erklärt wird, ist insofern für den Beklagten von Interesse, als ersteren Falles sein Anspruch aus der Gegenforderung nicht mehr besteht, während er letzteren Falles noch besteht. Um dem Beklagten die Möglichkeit der Geltendmachung seiner Gegen=

forderung zu erhalten, ist es deshalb geboten, auszusprechen, daß die Klagforderung durch den Verzicht des Klägers als erloschen zu betrachten sei.

Als unterliegender Theil hat der Kläger die Kosten zu tragen.*)

2.

In Sachen
des Kaufmanns Ludwig Brick zu Berlin, Sebastianstr. 9, Klägers,
gegen
den Müller Karl Kilian, ebenda, Magdeburgerstr. 12, Beklagten,
wegen Kaufgeldsforderung

hat das Kgl. Amtsgericht I zu Berlin auf Grund der öffentlichen Verhandlung vom 1. Mai 1897 für Recht erkannt:

der Beklagte wird verurtheilt, dem Kläger 100 M. zu zahlen und die Kosten des Prozesses zu tragen. V. R. w.

Thatbestand.

Der Erblasser des Klägers hat unbestritten dem Erblasser des Beklagten die Kolonialwaaren, welche in der vom Kläger vorgelegten, hiermit in Bezug genommenen Rechnung verzeichnet sind, für den vereinbarten Preis von 100 M. käuflich geliefert. Diesen Preis klagt der Kläger ein.

Der Beklagte bittet um Klagabweisung und beruft sich darauf, daß zugestandenermaßen seinem Erblasser der Erblasser des Klägers im November 1896 geschrieben habe, er rechne den Kaufpreis der 100 M. gegen ein von ihm, dem Erblasser des Klägers, geschuldetes, am 1. Juni 1896 rückzahlbares Darlehn von 100 M. auf; demnach sei die Klagforderung durch Aufrechnung getilgt.

Der Kläger bestreitet die Tilgung der Klagforderung. Er beruft sich auf folgende unstreitige Thatsachen:

Durch rechtskräftiges Urtheil dieses Gerichtes vom 27. März 1897 ist der vom Beklagten damals auf Rückzahlung des Darlehns von 100 M. erhobene Anspruch abgewiesen, weil der Erblasser des Beklagten im Monat November 1896 dem Erblasser des Klägers

*) Wie gestaltet sich die Entwicklung des Prozesses, wenn unter Eideszuschiebung die Verzichtserklärung bestritten und der Eid vom Kläger angenommen ist?

urkundlich erklärt hat, er verzichte auf alle ihm gegen den Erblasser des Klägers zustehenden Forderungen.

Damit (so macht der Kläger geltend) sei die durch Verzicht erfolgte Tilgung des Darlehns festgestellt. Seine, des Klägers, Kaufgeldforderung sei also zur Tilgung des Darlehns nicht verwendet und bestehe noch in Wirksamkeit.

Der Beklagte entgegnet, er habe nach Erlaß des Urtheils vom 27. März 1897 Näheres über die Zeit des Verzichtes und der Aufrechnung ermittelt; der Verzicht sei am 15. Juni 1896, die Aufrechnung aber schon am 9. Juni erklärt worden, folglich beruhe die Tilgung der Darlehnsforderung auf der Aufrechnung, nicht auf dem Verzichte. Er schiebe über die behaupteten Data den Eid zu.

Der Kläger bestreitet die behaupteten Data und nimmt den Eid an; der Verzicht sei am 9., die Aufrechnung dagegen am 15. Juni 1896 erklärt. Außerdem komme aber auf die behaupteten Data nichts an, da bereits rechtskräftig erkannt sei, daß die Darlehnsforderung durch den Verzicht erloschen sei.

Entscheidungsgründe.

Unbestritten hat der Erblasser des Beklagten die vom Kläger verzeichneten Kolonialwaaren für 100 M. geliefert erhalten und ist den Kaufpreis dafür schuldig geworden. Die Verurtheilung des Beklagten zur Zahlung von 100 M. könnte er also nur durch Vorbringen einer begründeten Einrede abwenden. Die vorgebrachte Kompensationseinrede ist aber nicht begründet, weil bereits durch das Erkenntniß vom 27. März 1897 rechtskräftig festgestellt ist, daß die den Gegenstand der Kompensationseinrede bildende Gegenforderung durch den im Monat Juni 1896 erklärten Verzicht, also nicht durch Aufrechnung getilgt ist. Dieser Entscheidung gegenüber kann die im gegenwärtigen Prozesse neu aufgestellte Behauptung des Beklagten, der Verzicht habe am 15., die Aufrechnung bereits am 9. Juni 1896 stattgefunden, keine Berücksichtigung mehr finden.

Hiernach war der Beklagte klaggemäß zu verurtheilen.

VIII (Zu Seite 66, 70, 80).

Umfang der Rechtskraft.

1.

Renner schuldet dem Lind 100 M. für käuflich gelieferten Roggen. Lind schuldet dem Renner 100 M. aus Miethe und schreibt

dem Renner, er rechne die beiderseitigen Forderungen gegen einander auf.

Renner wird von Kalkstein, Lind wird von Beisen beerbt.

Beisen stellt dem Kalkstein eine Urkunde aus, laut deren er auf alle Forderungen, die er gegen Kalkstein habe, zum Danke für geleistete Dienste verzichte; Kalkstein nimmt den Verzicht dankbarlichst an. Gleichwohl verklagt Beisen den Kalkstein auf Zahlung des Kaufgelds von 100 M. für den Roggen, den Lind dem Renner käuflich geliefert hat. Kalkstein beruft sich auf den geleisteten Verzicht und erreicht auf Grund des von ihm bewiesenen (gegnerischerseits bestrittenen) Verzichts die Klagabweisung. Das Urtheil wird rechtskräftig.

Nunmehr klagt Kalkstein gegen Beisen auf Zahlung der 100 M. Miethe, die der Erblasser Lind dem Erblasser Renner schuldig geworden sei.

Beisen beruft sich darauf, daß diese Forderung durch die von seinem Erblasser Lind dem Erblasser Renner erklärte Aufrechnung getilgt sei.

Kalkstein erwidert, die Einrede der Aufrechnung sei unbegründet, auf die Kaufgeldforderung könne sich Beisen nicht mehr kompensationsweise berufen, da rechtskräftig erkannt sei, daß die Kaufgeldforderung durch Verzicht erloschen sei.

2.

Von einem in Ruhestand getretenen Beamten wurde im Jahre 1875 der Fiskus auf 6000 M. angeblich noch rückständiges Gehalt verklagt.

Der Fiskus bestritt die Klagforderung, weil der Kläger rechtsirrthümlich die ihm in seiner früheren Stellung gebührenden Repräsentationsgelder als Gehalt beanspruche; eventuell berief sich der Fiskus auf eine Gegenforderung von 700 M.

Diese Gegenforderung erkannte der Kläger als richtig an.

Das Gericht erster Instanz wies die Klage ab, weil der vom Fiskus gegen ihre rechtliche Begründung vorgebrachte Gesichtspunkt zutreffe.

Auf Berufung des Klägers bestätigte die zweite Instanz das erste Urtheil, aber aus anderen Gründen.

Das Berufungsgericht führte aus: in Höhe von 500 M. sei

die Klagforderung begründet, sie werde aber durch die Gegenforderung überstiegen, folglich habe der Kläger nichts mehr zu fordern.

Auf erhobene Nichtigkeitsbeschwerde des Klägers erkannte die dritte Instanz im Jahre 1877:

Die Nichtigkeitsbeschwerde sei für begründet zu erachten, in der Sache selbst aber das angefochtene Erkenntniß aufrecht zu erhalten.

Der erste Richter habe mit Recht ausgeführt, daß die Klage in ihrem ganzen Umfange unbegründet sei. Es rechtfertige sich damit die vom ersten Richter erkannte Klagabweisung. Der zweite Richter habe zwar in seiner Urtheilsformel dies Erkenntniß bestätigt, in seinen Gründen aber abgeändert; denn er habe dem Kläger eine Forderung von 500 M. Gehalt zugesprochen, diese Forderung aber durch die Gegenforderung für getilgt erklärt. Da hiergegen der Beklagte ein Rechtsmittel nicht ergriffen habe, müsse es dabei verbleiben, daß die Gegenforderung als durch Aufrechnung getilgt gelte.

3.

In Sachen

des Lederhändlers Carl Kopf zu X., Klägers,

gegen

den Maler Wilhelm Boes daselbst, Beklagten,

erkennt das Kgl. Amtsgericht zu X. auf Grund der mündlichen Verhandlung in öffentlicher Sitzung vom 6. Juni 1895:

daß der Kläger mit seiner Klage kostenfällig abzuweisen sei. V. R. w.

Thatbestand.

Der Beklagte hat in einem früheren Prozesse den angeblich verabredeten Kaufpreis eines angeblich gelieferten Stückes Leder mit 40 M. gegen den Kläger eingeklagt, ist aber mit seinem Klaganspruch durch Urtheil vom 3. Mai 1894 rechtskräftig abgewiesen worden, weil der Kläger als damaliger Beklagter unter Bestreiten der Klagforderung geltend machte und dem gegnerischen Leugnen gegenüber bewies, daß er vor Beginn des Rechtsstreits dem Beklagten den Betrag von 40 M. mit dem Vorbehalt der Rückzahlung, wenn die Nichtexistenz der Klagforderung sich herausstelle, entrichtet habe. Diese Vorbehaltszahlung, welche der Gegner in Abrede stellte, hat der Kläger in jenem Vorprozesse durch Zeugen bewiesen. Demgemäß

erfolgte auf Grund der dargethanen Zahlungseinrede die Klagabweisung, ohne daß das Gericht in eine Beweisverhandlung über die streitige Klagforderung eintrat, über deren thatsächliche Grundlage der Eid zugeschoben war.

Gegenwärtig erhebt der damalige Beklagte Klage auf Rückzahlung der von ihm mit Vorbehalt geleisteten Zahlung, indem er nunmehr auch im gegenwärtigen Prozesse behauptet, er habe das fragliche Stück Leder niemals vom jetzigen Beklagten geliefert ererhalten. Der Beklagte hat die behauptete Vorbehaltszahlung, wie im Vorprozesse, bestritten und eventuell die Behauptung wiederholt, er habe dem Kläger für 40 M. Leder geliefert.

Zum Beweise der geleisteten Vorbehaltszahlung hat sich der Kläger auf das ergangene rechtskräftige Urtheil vom 3. Mai 1894 bezogen, eventuell hat er den Eid zugeschoben, den der Beklagte angenommen hat. Zum Beweise der Existenz seiner Forderung für verkauftes Leder hat der Beklagte ebenfalls den Eid zugeschoben und der Kläger hat diesen Eid angenommen.

Den letzteren Eid, über dessen Norm und Erheblichkeit die Parteien einig waren, hat der Kläger abzuleisten verweigert.

Entscheidungsgründe.

Die Klage ist durch die Behauptung genügend begründet, daß der Kläger dem Beklagten 40 M. mit Vorbehalt der Rückforderung gezahlt habe. Beim Leugnen des Beklagten würde dem Kläger der Beweis der behaupteten Zahlung obliegen, wenn dieser Beweis nicht durch das Urtheil vom 3. Mai 1894 erübrigte. Dies Urtheil stellt auf Grund stattgehabter Beweisaufnahme rechtskräftig fest, daß jene Zahlung stattgefunden hat, und es weist die Klage auf Grund der erfolgten Zahlung ab. Eines anderweiten Beweises der Zahlung bedarf es daher nicht.

Der Anspruch auf Rückzahlung wird aber ausgeschlossen, wenn der Beklagte zu beweisen vermag, daß die vom Kläger bestrittene Kaufgeldforderung, auf welche mit Vorbehalt Zahlung geleistet ist, zur Existenz gelangte. Dieser Beweis erscheint als erbracht, nachdem der Kläger den von ihm angenommenen Schiedseid zu leisten verweigert hat.

Die Klage war demnach zurückzuweisen, da der Kläger sich bei seiner Zahlung grundlos die Rückforderung vorbehalten hat.

IX (Zu Seite 122 f.)

Unstreitige Einrede der nach der Klagerhebung mit Vorbehalt geleisteten Zahlung bei streitiger Klagforderung.

In Sachen

des Oekonomen Michael Kalkbrenner, Klägers, hierselbst,

gegen

den Oekonomen Andreas Biehl, hierselbst, Beklagten,

wegen Kaufgelds,

hat das Kgl. Amtsgericht zu S. auf Grund der mündlichen Verhandlung in der öffentlichen Sitzung vom 10. Mai 1896 erkannt:

der Beklagte hat folgenden Eid zu leisten: ich schwöre 2c., ich habe von dem Kläger das in der Klage bezeichnete Pferd nicht gekauft,

schwört Beklagter diesen Eid, so wird Kläger kostenfällig abgewiesen, schwört Beklagter diesen Eid nicht, so wird Kläger unter Verurtheilung des Beklagten in die entstandenen Prozeßkosten abgewiesen. V. R. w.

Thatbestand.

Der Kläger behauptet, dem Beklagten am 6. April 1895 einen braunen Wallach für den verabredeten Preis von 500 M. verkauft und überliefert zu haben. Er bittet unter Eideszuschiebung, den Beklagten zur Zahlung von 500 M. zu verurtheilen.

Zur Zahlung dieses Betrags hat der Kläger den Beklagten vor der Klagerhebung aufgefordert.

Der Beklagte bestreitet unter Eidesannahme und mit der Bitte um Klagabweisung die Klagthatsachen: nicht er, sondern sein Sohn, der Kaufmann Karl Biehl hierselbst habe den fraglichen Kauf geschlossen und das Pferd überliefert erhalten.

Nach der Klagerhebung hat der Beklagte mit Vorbehalt der Entscheidung des Streitpunktes, ob er oder ob sein Sohn die 500 M. schuldig sei, diesen Betrag dem Kläger gezahlt.

Die Parteien haben im heutigen Termine ihre oben mitgetheilten Anträge aus den vorbereitenden Schriftsätzen wiederholt.

Entscheidungsgründe.

Durch das Zugeständniß des Klägers, das eingeklagte Kaufgeld vom Beklagten nach Erhebung der Klage — wenn auch unter Bestreiten der Entstehung der Klagforderung und deshalb mit Vorbehalt

— gezahlt erhalten zu haben, ist festgestellt, daß der vom Kläger geltend gemachte und im heutigen Termine aufrecht erhaltene Anspruch auf Zahlung, wenn er bestanden hat, durch die mit Vorbehalt geleistete Zahlung getilgt ist. Die Prozeßkosten hat jedoch der Kläger nur zu tragen, wenn seine Klage bereits zur Zeit ihrer Erhebung unbegründet war. Da unbestrittenermaßen der Kläger den Beklagten vor der Klagerhebung fruchtlos gemahnt, der Beklagte aber erst nach der Klagerhebung gezahlt hat, so befreit ihn diese Zahlung nicht von der Pflicht, die Prozeßkosten zu tragen, sofern die Klagforderung begründet war. Ein Beweisverfahren über die bestrittene Klagbehauptungen ist deshalb unerläßlich. Obgleich dies Beweisverfahren nur mit Rücksicht auf die Kostenfrage geboten erscheint, erledigt dasselbe doch zugleich den zwischen den Parteien bezüglich der Hauptforderung bestehenden Streit. Es empfiehlt sich von diesem Standpunkte aus, auch die Entscheidung zur Hauptsache von dem normirten Eide abhängig zu machen.[1])

X (Zu Seite 130).

Unstreitige Einrede der mit Vorbehalt geleisteten Zahlung und streitige Einrede des Verzichts bei streitiger Klagforderung.

In Sachen

des Bildhauers Martin Kreuz zu C., Klägers,

gegen

den Tapezierer Carl Brand zu C., Beklagten,

wegen Darlehns,

erkennt das Kgl. Amtsgericht zu B. auf Grund der mündlichen Verhandlung in öffentlicher Sitzung vom 7. Dezember 1896:

daß der Kläger mit seiner Klage kostenfällig abzuweisen sei.
V. R. w.

---

[1]) Diese Entscheidungsgründe gehen fehl, indem sie den nur wegen der Prozeßkosten erforderlichen Eid auch für die Hauptsache Platz greifen lassen wollen, während die Nothwendigkeit der Klagabweisung zur Hauptsache ohne jede Eidesleistung bereits feststeht. Wie gestaltet sich die Sache, wenn vor der Klagerhebung mit Vorbehalt gezahlt, diese Zahlung aber zur Zeit der Klagerhebung dem Kläger nicht bekannt ist, z. B. weil sie so lange zurückliegt, daß er sich ihrer nicht erinnert, oder weil sie ohne sein Wissen seinem Erblasser geleistet ist?

Thatbestand.

Der Kläger behauptet unter Eideszuschiebung dem Beklagten am 6. April 1894 ein Darlehn von 100 M. gegeben zu haben. Er hat dies Darlehn dem Beklagten vor acht Wochen gekündigt und bittet, den Beklagten zur Zahlung von 100 M. zu verurtheilen.

Der Beklagte bittet um Klagabweisung. Er bestreitet unter Eidesannahme, daß ihm der Kläger ein Darlehn von 100 M. gegeben habe. Eventuell behauptet er, daß der Kläger ihm am 10. November 1895 brieflich mitgetheilt habe, er habe nichts mehr von ihm zu fordern und verzichte auf alle Ansprüche, die er noch gegen ihn etwa haben sollte. Er (Beklagter) habe erwidert, daß er den Verzicht dankbar annehme. Ueber diese Thatsachen hat der Beklagte den Eid zugeschoben.

Außerdem beruft sich der Beklagte auf folgende unstreitige Thatsachen:

Acht Tage vor der Klagzustellung hat der Kläger den Beklagten gemahnt, die 100 M. Darlehn zurückzuzahlen. Der Beklagte hat darauf dem Kläger erklärt, er erinnere sich nicht, ein Darlehn von 100 M. erhalten zu haben, übrigens sei die Forderung aus dem Darlehn, wenn es bestanden, durch den Verzicht vom 10. November 1895 erloschen, indessen wolle er (der Beklagte) nochmals seine Papiere nachsehen, wie die Sache mit dem Darlehn und mit dem Verzicht stehe; um einem Prozesse jetzt zu entgehen, sei er bereit, die 100 M. dem Kläger alsbald mit Vorbehalt zu zahlen. Hierauf ist die Zahlung der 100 M. an den Kläger mit Vorbehalt erfolgt.

Der Kläger bestreitet die zur Begründung der Einrede des Verzichts vorgebrachten Thatsachen und nimmt den Eid an.

Von den durch Beweisbeschluß erforderten beiden Eiden hat der Beklagte den Eid, die 100 M. Darlehn nicht empfangen zu haben, verweigert; dagegen hat der Kläger beschworen, es sei von ihm ein Brief des Inhalts, daß er an den Beklagten nichts mehr zu fordern habe und auf alle seine etwaigen Ansprüche verzichte, nicht geschrieben worden.

Entscheidungsgründe.

Durch die Eidesweigerung des Beklagten ist festgestellt, daß derselbe am 6. April 1894 100 M. vom Kläger dargeliehen hat. Da die rechtzeitige Kündigung dieses Darlehns unbestritten ist, so

würde der Beklagte klaggemäß zu verurtheilen sein, wenn nicht die eine oder die andere der von ihm vorgeschützten Einreden durchdringt.

Die in erster Linie von ihm vorgeschützte Einrede des Verzichts ist thatsächlich und rechtlich genügend begründet. Beim Leugnen des Klägers war dem Beklagten der über die behauptete Verzichtserklärung zugeschobene und angenommene Eid aufzuerlegen. Mit der Abnahme dieses Eides durch Beweisbeschluß haben sich die Parteien einverstanden erklärt. Einer weiteren Eidesauflage über die vom Beklagten behauptete Annahme des Verzichts bedurfte es nicht. In Folge der Eidesleistung des Klägers ist dem Beklagten der Beweis der Einrede des Verzichts mißlungen. Es bedarf deshalb nunmehr eines Eingehens auf die eventuell vom Beklagten vorgeschützte Einrede der mit Vorbehalt geleisteten Zahlung. Daß eine solche Zahlung geleistet sei, hat der Kläger zugestanden. Damit erledigt sich aber sein auf nochmalige Zahlung gerichteter Klaganspruch. Zugleich ist damit entschieden, daß der vom Beklagten bei seiner Zahlung gestellte Vorbehalt unbegründet war; denn dieser Vorbehalt stützte sich einerseits darauf, daß der Beklagte die Entstehung der Klagforderung anzweifelte, andererseits darauf, daß der Kläger auf die Klagforderung verzichtet habe. Die Klagforderung ist aber als entstanden und der Verzicht ist als nicht geschehen in diesem Prozesse festgestellt.[1])

XI (Zu Seite 22 ff. 40, 64).

Eventuelle Einreden.

a.

In Sachen

[des Lehrers Carl Koberfeld zu X., Klägers,

gegen

den Kaufmann Michael Benken daselbst, Beklagten,

wegen Darlehns

[1]) Das Fehlerhafte dieses Urtheils liegt darin, daß ungeachtet der feststehenden Eventualzahlung nicht ohne Beweisaufnahme alsbald die Klage abgewiesen ist. — Gesetzt der Beklagte erhöbe, nachdem das Urtheil rechtskräftig geworden ist, eine Klage auf Rückzahlung des von ihm mit Vorbehalt geleisteten Betrags, so begründet dieser Klage gegenüber das ergangene Urtheil die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache nicht; die den Verzicht betreffenden Gründe gehen nicht in Rechtskraft über.

erkennt das Kgl. Amtsgericht zu X. auf Grund der mündlichen Verhandlung in öffentlicher Sitzung vom 10. April 1895 für Recht: der Kläger wird mit seiner Klage kostenfällig abgewiesen.

Thatbestand.

Der Kläger hat dem Beklagten am 6. März 1894 50 M. baar dargeliehen; es war Rückzahlung am 2. Januar 1895 verabredet. Da Rückzahlung nicht erfolgt ist, hat der Kläger gebeten, den Beklagten kostenfällig zur Zahlung von 50 M. zu verurtheilen.]

Der Beklagte bittet um Abweisung des Klägers und macht geltend, der Kläger habe von ihm am 1. Juni 1894 für den verabredeten Preis von 50 M. eine Bismarckbüste von bronzirtem Zinn gekauft, auch dieselbe am nämlichen Tage überliefert erhalten; er rechne mit dieser Gegenforderung auf.

Für den Fall, daß er mit dieser Einrede nicht durchdringe, berufe er sich eventuell darauf, daß der Kläger ihm am 6. Juni 1894 erklärt habe, er verzichte auf die Darlehnsforderung der 50 M.; er (der Beklagte) habe alsbald erwidert, diesen Verzicht annehmen zu wollen.

Der Kläger hat die Gegenforderung bestritten, den behaupteten Verzicht aber zugestanden.

Ueber die Thatsachen, mit denen der Beklagte seine Gegenforderung begründet hat, ist der Eid zugeschoben; diesen hat Kläger angenommen.

Es ist hierauf dem Kläger durch Beweisbeschluß der Eid darüber auferlegt, daß er am 1. Juni 1894 eine Bismarckbüste von broncirtem Zinn für den verabredeten Preis von 50 M. vom Beklagten käuflich nicht überliefert erhalten habe.

Diesen Eid hat der Kläger geleistet.

Entscheidungsgründe.

Es steht fest zwischen den Parteien, daß der Beklagte vom Kläger ein am 2. Januar d. J. rückzahlbares Darlehn von 50 M. erhalten hat. Demnach ist der Klaganspruch an sich begründet. Der Beklagte hat sich aber auf eine Gegenforderung von 50 M. und eventuell auf eine Verzichtserklärung des Klägers berufen. Sowohl die Kompensationseinrede als die Einrede des Verzichts ist genügend thatsächlich wie rechtlich begründet. Indeß bestreitet der Kläger die Existenz der Gegenforderung, während er den Ver-

zicht zugiebt. Da auf den letzteren sich der Beklagte nur für den Fall berufen hat, daß er mit seiner Gegenforderung nicht durchdringe, so war — ungeachtet die Einrede des Verzichts in ihrer thatsächlichen Grundlage bereits feststeht — zunächst über die thatsächliche Grundlage der Kompensationseinrede Beweis, wie geschehen, zu erheben. Dieser Beweis ist durch die erfolgte Eidesleistung mißlungen. Es ergiebt sich hieraus, daß die Gegenforderung des Beklagten nicht besteht, daß also die Eventualität eingetreten ist, für welche der Beklagte sich auf den vom Kläger geleisteten Verzicht berufen hat. Da dieser Verzicht unbestritten ist, so war auf Grund desselben der Kläger mit seiner unbegründeten Klage kostenfällig abzuweisen.[1])

---

b.

In Sachen

des Lehrers rc.

(Wiederholung des Urtheils a in seinem Eingang und im ersten Absatz des Thatbestandes. Die zu wiederholenden Stellen sind mit [ ] bezeichnet.)

Der Beklagte bittet um Abweisung des Klägers und macht geltend, der Kläger habe von ihm am 1. Juni 1894 die geforderten 50 M. zurückgezahlt erhalten, eventuell für den Fall, daß er mit dieser Zahlungseinrede nicht durchdringe, der Kläger habe ihm am 2. Januar 1895 erklärt, er gebe ihm noch zwei Jahre Frist zur Rückzahlung. Ueber die erfolgte Zahlung hat der Beklagte die Zeugen X. und Y. benannt und eventuell den Eid zugeschoben, über die behauptete Befristung hat er den Eid zugeschoben. Der Kläger hat gegen die Zeugen nichts eingewendet und die Eide angenommen.

Es erging folgender Beweisbeschluß: 1. über die Behauptung des Beklagten, daß die eingeklagten 50 M. Darlehn dem Kläger am 1. Juni 1894 vom Beklagten zurückgezahlt seien, sollen die Zeugen X. und Y. vernommen werden, 2. eventuell[2]) hat Kläger zu schwören: daß er am 2. Januar 1895 dem Beklagten nicht erklärt habe, er gewähre dem Beklagten zur Rückzahlung der 50 M. noch zwei Jahre Frist.

---

[1]) Wie würde zu erkennen sein: 1. wenn der Kläger die Eidesleistung verweigert hätte, 2. wenn der Beklagte sich auf eine nicht erst im Prozesse, sondern bereits am 1. Juni 1894 dem Kläger erklärte Aufrechnung bezogen hätte?

[2]) Hierzu vergl. bes. Seite 34 ff.

In dem zur Beweisaufnahme anberaumten Termine erschienen die geladenen Zeugen nicht, und der Kläger erklärte, den auferlegten Eid nicht leisten zu können. Die demnächst anderweit geladenen Zeugen haben übereinstimmend bekundet, daß in ihrer Gegenwart der Kläger am 1. Juni 1894 dem Beklagten 50 M. Darlehn zurückgezahlt habe.

Entscheidungsgründe.

Unstreitig ist zwischen den Parteien, daß der Beklagte vom Kläger ein am 2. Januar 1895 rückzahlbares Darlehn von 50 M. erhalten hat. Hiernach war die auf Verurtheilung des Beklagten zur Zahlung von 50 M. gerichtete Klage begründet.

Der Klage hat der Beklagte 1. die Einrede der Zahlung und eventuell 2. die der Befristung entgegengestellt. Da der Kläger die thatsächliche Grundlage beider Einreden bestritten hat, so war die angeordnete Beweisaufnahme erforderlich.

Die Beweisaufnahme bezüglich der Befristung konnte nur eine eventuelle sein, da der Beklagte erklärt hat, auf die Befristung sich nur berufen zu wollen, wenn er mit seiner Zahlungseinrede nicht durchdringe.

Obwohl daher, nachdem der Eid über die Befristung verweigert war, bereits die Nothwendigkeit der Klagabweisung feststand, bedurfte es noch der weiteren Beweisaufnahme über die behauptete Zahlung, zumal, wenn diese Zahlung sich als erfolgt darthun ließ, im Interesse beider Theile der Rechtsstreit seine definitive Erledigung fand, während bei Abweisung der Klage auf Grund des Einwandes der Befristung nur eine Klagabweisung zur Zeit eintrat.

Da die vernommenen Zeugen die streitige Zahlung bekundet haben, war die Klage unter Verurtheilung des Klägers in die Prozeßkosten auf Grund der erhobenen und bewiesenen Zahlungseinrede abzuweisen.

XII (Zu Seite 177. 207. 217. 235 ff.).

Streitige Einrede der Verjährung und „eventuelle" unstreitige Einrede der Aufrechnung.

In Sachen

des Kaufmanns Karl Kaufhilz zu Neuruppin, Klägers,

gegen

den Sekretär Michel Bast, Beklagten, daselbst,

hat das Königliche Amtsgericht zu Neuruppin in der Sitzung vom 1. Mai 1897 auf Grund öffentlicher Verhandlung für Recht erkannt:

der Kläger hat folgenden Eid zu leisten:

ich schwöre 2c., das in der Klage bezeichnete Papier habe ich dem Beklagten nicht im Jahre 1893, sondern im Jahre 1896 geliefert.

Leistet der Kläger diesen Eid nicht, so wird er mit seiner Klage wegen eingetretener Verjährung kostenfällig abgewiesen.

Leistet der Kläger den Eid, so wird das Gericht in die Prüfung der nur eventuell vorgeschützten Einrede der Aufrechnung eintreten.

Thatbestand.

2c.

Entscheidungsgründe.

Gegenüber der in ihrer thatsächlichen Grundlage zugestandenen Klage auf den verabredeten Kaufpreis von 50 M. für geliefertes Papier hat der Beklagte zunächst die Einrede der Verjährung vorgeschützt mit der Behauptung, die käufliche Lieferung des Papiers habe nicht im Jahre 1896, sondern im Jahre 1893 stattgefunden. Beim Leugnen des Klägers lag es dem Beklagten ob, die thatsächliche Grundlage seiner Einrede, also den Kaufabschluß im Jahre 1893 zu beweisen. Es kommt hiernach auf Leistung des vom Beklagten zugeschobenen, vom Kläger angenommenen Schiedseides an, der beim Widerspruch des Beklagten, daß er beweispflichtig für den Kaufabschluß im Jahre 1893, nicht der Kläger beweispflichtig für den Kaufabschluß im Jahre 1896 sei, durch bedingtes Endurtheil aufzuerlegen war.

Die Einrede der Aufrechnung ist vom Beklagten nur eventuell vorgeschützt, d. h. nur für den Fall, daß eine Klagabweisung aus anderen Gründen nicht sollte erfolgen können. Die Erklärung des Beklagten, mit seiner Forderung aufrechnen zu wollen, vermag also vorliegend erst in Wirksamkeit zu treten, sobald die Einrede der Verjährung in Folge der Eidesleistung des Klägers sich als unbegründet erwiesen hat. Tritt dieser Fall ein, so muß Klagabweisung erfolgen, weil nunmehr die Klagforderung durch die vom Beklagten zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung erloschen ist.

Demgemäß war zunächst Eidesurtheil in Betreff der Zeit des

Entstehens der Hauptforderung zu erlassen. Verweigert der Kläger den Eid, daß seine Forderung erst 1896 entstanden, so hat Klagabweisung wegen eingetretener Verjährung zu erfolgen. Leistet er aber diesen Eid, so ergiebt sich, daß die Einrede der Verjährung unbegründet war, und es ist dann auf die unstreitige eventuelle Einrede der Aufrechnung einzugehen.

Sind die gesetzlichen Voraussetzungen für Aufrechnung bei eintretender Prüfung der darauf gestützten Einrede vorhanden, so wirkt die eventuelle Erklärung der Aufrechnung dahin, daß Klag- und Gegenforderung mit dem Augenblick, in welchem beide Forderungen sich gegenüber stehen, als erloschen zu erachten sind.

XIII.

Einige Arbeiten von Zuhörern (zu Nr. I dieses Beilageheftes).

1.

Die erhobene Klage ist die Darlehnsklage.

Der Beklagte verhält sich so, daß er

1. den Empfang des Darlehns bestreitet und
2. sich zugleich auf das Bestehen einer unstreitigen Gegenforderung von gleicher Höhe, wie die Klagforderung, beruft.

Das Vorbringen zu 2 enthält zweifellos die Aufrechnungserklärung. Zweifelhaft ist, wie sich diese Erklärung zu dem unter 1 gedachten Bestreiten verhält.

Die Annahme, daß die Aufrechnungserklärung eventuell, d. h. unter der Bedingung, daß das Vorbringen zu 1 widerlegt wird, abgegeben sei, ist m. E. verfehlt. Eine bedingte Aufrechnung kann es ebensowenig geben, wie eine bedingte sonstige Schuldtilgung (Zahlung u. s. w.). Dies wird zwar im A.L.R., soweit ich sehe, nicht ausdrücklich ausgesprochen, ergiebt sich aber aus der Natur der Sache und hat im B.G.B. § 388 Ausdruck gefunden.

Hätte der Beklagte sonach nur bedingt aufrechnen wollen, so wäre seine Erklärung zu 2 wirkungslos. Aber er hat es nicht gewollt. Dies ergiebt:

a) der Thatbestand des erstinstanzlichen Urtheils (argum. verb. „Zugleich hat sich Beklagter darauf berufen"),
b) die Thatsache, daß der Beklagte Berufung eingelegt hat und die Art, wie er sie begründet.

Nach meinem Dafürhalten ist die Aufrechnung nicht eine bedingte, sondern eine Aufrechnung unter Vorbehalt, nämlich unter dem Vorbehalt des Rechts, die zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung später noch geltend zu machen. Das A.L.R. scheidet sehr wohl Bedingung und Vorbehalt. Es handelt sehr ausgiebig vom Vorbehalte bei Zahlungen, kennt aber auch den Vorbehalt bei „anderen dergleichen Handlungen, wodurch die Erfüllung einer Verbindlichkeit geleistet wird." Es stellt sie einander als Korrelate gegenüber in § 469 I. 14 und bestimmt, daß seine Wirkung sich nach der Natur der Handlung bestimmt, der er beigefügt wird. Kompensation ist aber eine solche schuldtilgende Handlung.

Das Verhalten des Beklagten stellt sich hiernach so dar: er bestreitet die Klagforderung, erklärt aber zugleich, dieselbe unter Vorbehalt zu erfüllen. Der Fall liegt analog dem Falle, in dem Beklagter bestreitet, aber Zahlung unter Vorbehalt einwendet. In letzterem Falle behält er sich die Kondiktion vor, in unserem Falle die Kaufklage.

Bei Zahlung unter Vorbehalt würde man zweifellos, wenn die Zahlung feststeht, zur Abweisung der Klage kommen, ohne über die Richtigkeit der Darlehnshingabe Beweis erhoben zu haben. Entscheidungsgrund würde sein die alternative Feststellung, daß entweder das Darlehn nicht hingegeben oder die Darlehnsschuld durch Zahlung unter Vorbehalt getilgt ist. Wollte Beklagter in diesem Prozesse festgestellt wissen, daß er zur Rückforderung des Gezahlten berechtigt ist, so durfte er sich nicht genügen lassen, die Abweisung der Klage zu beantragen, sondern er mußte Widerklage auf Rückzahlung der 100 M. erheben. Wollte aber Kläger festgestellt wissen, daß Beklagter zur Rückforderung nicht berechtigt ist, so durfte er nicht auf Zahlung aus dem Darlehnsvertrage klagen, sondern mußte auf Feststellung des Nichtbestehens der Kondiktion klagen — wobei es der Darlegung eines rechtlichen Interesses an dieser Feststellung nach A.G.O. I. 32 §§ 2 ff. nicht bedurfte.

Ganz ebenso liegt der Fall hier. Auch hier bedarf es nur der alternativen Feststellung, daß entweder das Darlehn nicht hingegeben ist oder die Schuld durch Kompensation getilgt ist. Der Einwand, daß eine Kompensation nicht stattfinden kann, solange nicht das Bestehen auch der Klagforderung feststeht, trifft nicht, da hier nicht das Stattfinden einer Kompensation festgestellt wird,

sondern nur obige alternative Feststellung erfolgt. Einer — die Rechtskraft beschreitenden — Entscheidung über die kompensable Gegenforderung bedarf es für diesen Rechtsstreit nicht, da weder der Beklagte eine solche herbeiführen wollte, wie sein schlichter Abweisungsantrag ergiebt, noch der Kläger dies wollte, wie daraus hervorgeht, daß er nicht auf Feststellung des Nichtbestehens der Gegenforderung, sondern auf Rückzahlung des Darlehns geklagt hat.

Ich komme hiernach zur schlichten Abweisung der Klage, dem Kläger aus § 87 C.P.O. die Kosten des Rechtsstreits auferlegend, und bin der Ansicht, daß eine Entscheidung auf den Eid den beiden Grundsätzen widerspricht: a) Ne eat iudex ultra petita partium, b) Ist der Rechtsstreit zur Endentscheidung reif, so hat das Gericht dieselbe durch — unbedingtes — Endurtheil zu erlassen. § 272 C.P.O.[1])

2.

Das Landgericht würde mit seinem Urtheil Recht haben, wenn ihm ganz derselbe Thatbestand wie dem Amtsgericht vorgelegen hätte. Nun aber hat sich etwas in dem Thatbestande verschoben.

Ursprünglich hatte der Beklagte den Klaganspruch bestritten und eventualissime die Gegenforderung vorgeschützt.

In der Berufungsinstanz will er die Hauptforderung wegen der Gegenforderung, welche zugestanden ist, ohne weiteres abgewiesen wissen, d. h. doch: er schützt die Gegenforderung nicht mehr eventuell, sondern primär vor. Er will mithin den Klaganspruch nicht mehr leugnen.

---

[1]) Die Arbeit ist geliefert von einem beim Amtsgericht beschäftigten Referendar einen Tag nach der ersten Vorlesung, in welcher das Druckblatt I zur Vertheilung kam. Man könnte glauben, der Verfasser habe das Manuskript gelesen, welches der Vorlesung zu Grunde lag, so sehr stimmen die in seiner Arbeit ausgesprochenen Gedanken mit dem Gedankengang des Vortragenden überein: da wird die bedingte und die eventuelle Aufrechnung in scharfen Gegensatz gestellt und der Charakter der letztern unter Zurückweisung der Meinung, es handle sich nur um ein Angebot der Aufrechnung, dargelegt; die Eventualzahlung wird zur Erläuterung der Eventualaufrechnung herangezogen; auch die lex fugitiva des § 469 ALR I, 14 fehlt nicht; der Begriff der alternativ begründeten Urtheile tritt auf, und die negative Feststellungsklage wird einer-, wie die Widerklage andrerseits als das richtige Mittel bezeichnet, den materiellen Streitpunkt der Parteien zum Austrag zu bringen. Nur an die Möglichkeit, den auf Zahlung gerichteten Antrag in einen Feststellungsantrag nach Maßgabe des § 240 Nr. 3 CPO. zu ändern, ist nicht gedacht.

Wer kompensirt, erkennt die Forderung, gegenüber welcher er die Aufrechnung vornehmen will, an. So gebietet es die Logik.

Danach ist dem Urtheil des Landgerichts vorzuwerfen, daß es etwas berücksichtigt, was Niemand angesprochen hat. Das Endurtheil spricht dem Beklagten, sofern er den Eid leistet, etwas zu, was dieser gar nicht mehr begehrt, nämlich die schlichte Abweisung des Klägers. Dieser will ja jetzt nur das ihm Nachtheiligere, die Aufrechnung. Da das Gericht aber gar nicht wollen kann, daß Jemand zu etwas ihm Vortheilhaften gezwungen wird, was er nicht will, so wäre es m. E. am natürlichsten, dahin zu erkennen, daß der Kläger ohne Weiteres auf Grund der Aufrechnung abzuweisen ist.

Entscheidungsgrund:

Da der Beklagte nicht mehr bestreitet, sondern nur noch kompensiren will, erkennt er — konkludent wenigstens — den Hauptanspruch an. Wenn aber Forderung und Gegenforderung feststehen, so kann ohne Weiteres kompensirt werden.[1])

3.

Urtheilsentwurf.

In Sachen

des Kaufmanns Adam Kisker zu G., vertreten durch den Rechtsanwalt Madler zu G.,

gegen

den Buchhändler Wilhelm Bode zu G.

erkennt das Königliche Amtsgericht .... durch den Amtsrichter ....

A.

Nach gemeinem und preußischem Recht:

Kläger wird mit der erhobenen Klage abgewiesen und verurtheilt, die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Thatbestand:

Kläger behauptet, am 5. April 1894 dem Beklagten ein Dar-

---

[1]) Die Arbeit hat einen im siebenten Semester stehenden Studiosus zum Verfasser. Sie verfällt auf den nicht zutreffenden Ausweg, aus der Berufung des Beklagten zu schließen, er habe sein Bestreiten der Klagforderung in zweiter Instanz zurückgenommen, d. h. es liege in zweiter Instanz nicht mehr eine Eventual-, sondern eine Definitivaufrechnung vor.

lehn von 100 M., rückzahlbar am 1. Januar 1895, gegeben zu haben. Da Zahlung nicht geleistet sei, so beantragt er, indem er über die Wahrheit seiner Behauptungen dem Beklagten den Eid zuschiebt,

den Beklagten zur Zahlung von 100 M. an Kläger zu verurtheilen,[2])

Beklagter beantragt

die Klage abzuweisen.

Er bestreitet unter Eidesannahme den Empfang des Darlehns und erhebt zugleich den Kompensationseinwand mit der Behauptung, Kläger schulde ihm 100 M. für ein von ihm jenem am 20. Juni 1895 käuflich geliefertes Buch.

Kläger erkennt die Gegenforderung an.

Entscheidungsgründe:

Beklagter bestreitet den Empfang des Darlehns und wendet zugleich ein, er habe eine Gegenforderung von gleicher Höhe wie die Klagforderung. Das kann nur den Sinn haben, daß Beklagter selbst in dem Falle, daß das Gericht trotz seines Bestreitens die Klagforderung für zu Recht bestehend ansehe, der Verurtheilung entgehen zu müssen behauptet, daß er also den Kompensationseinwand nur für den Fall erhebt, daß die Klage an sich für durchgreifend erachtet werde. Denn andernfalls müßte man ihm unterstellen, er wolle mit seiner, überdies unstreitigen, Forderung gegen eine nach seiner Ansicht gar nicht bestehende aufrechnen, also grundlos einen Anspruch auf Zahlung von 100 M. aufgeben.

Es würde daher zunächst Beweis über die Klagbehauptung zu erheben und der zugeschobene und angenommene Eid zu erfordern sein. Da aber Beklagter erklärt hat, er kompensire im Falle eines für ihn ungünstigen Ausgangs, so war von der Auflegung des Eides Abstand zu nehmen, da im Falle der Nichtleistung des Eides Kläger nicht minder wie im Falle der Leistung abzuweisen, die Auflegung also zwecklos wäre. Ueber das Bestehen des klägerischen Rechts fehlt es danach an einer Entscheidung; dies kann aber auch dahingestellt bleiben, da der klägerische Anspruch keinenfalls

[2]) Enthielte der Antrag auch das Verlangen von Zinsen, so müßte auch das Urtheil A auf einen Eid lauten, da im Nichtschwörungsfall 6% Zinsen von 100 M. für die Zeit vom 1. Januar bis 20. Juni 1895 dem Kläger zuzusprechen wären. (Zutreffende Anmerkung des Verf. der Arbeit.)

gerechtfertigt wäre. Andererseits kann naturgemäß auch die Aufrechnung seitens des Beklagten als erfolgt nicht bezeichnet werden . . .

B.

Nach künftigem Reichsrecht:

Beklagter hat folgenden Eid zu leisten: „Ich schwöre . . . ., daß ich am 5. April 1894 vom Kläger ein Darlehn von 100 M. nicht erhalten habe . . . .“ Im Schwörungsfalle wird der Kläger kostenpflichtig abgewiesen, im anderen Falle der Beklagte kostenpflichtig zur Zahlung von 100 M. an Kläger verurtheilt.

[Thatbestand und Gründe bis zum Worte „aufgeben“, wie zu A; dann:]

Da die unter einer Bedingung abgegebene Erklärung der Aufrechnung nach § 388 B.G.B. unwirksam ist, so war der Kompensationseinwand des Beklagten zu verwerfen. Es kam auf die Wahrheit oder Unwahrheit der bestrittenen Klagbehauptungen an, und es war, wie geschehen, auf den aus dem Tenor ersichtlichen Eid zu erkennen. Die Folgen der Leistung oder Verweigerung des Eides ergeben sich von selbst entsprechend der Fassung des Tenors. Die Entscheidung über den Kostenpunkt erging nach § 87 C.P.O.

C.

Noch eine andere Auffassung scheint mir, wenn auch nicht schon für die erste, so doch für die Berufungsinstanz, als möglich:

In Sachen

des Buchhändlers Wilhelm Bode zu G., Beklagten und Berufungsklägers,

gegen

. . . . . .

erkennt das Königliche Landgericht . . . . für Recht:

Das Urtheil des K. Amtsgerichts zu G. vom 2. Dezember 1896 wird dahin abgeändert:

Kläger wird mit der erhobenen Klage abgewiesen und verurtheilt, die Kosten der ersten Instanz zu tragen, die der zweiten werden dem Beklagten auferlegt.

Thatbestand:

Der Thatbestand und die Entscheidungsgründe des erstinstanzlichen Urtheils ist von den Parteien vorgetragen und zum Gegenstande der Verhandlung gemacht worden . . . . . .

Entscheidungsgründe:

Mit Recht rügt Beklagter die Auferlegung eines Eides, dessen Leistung für die Entscheidung der Frage, ob der Klaganspruch gerechtfertigt sei, dieselbe Bedeutung habe wie die Nichtleistung, die also unnütz sei und die überdies nach Ansicht des Berufungsgerichts geeignet ist, den Parteien überflüssige Kosten zu machen. Er macht ferner geltend, die Abweisung hätte auf Grund der geltend gemachten zugestandenen Kompensationseinrede ohne Weiteres erfolgen müssen. Hieraus ergiebt sich, wenn nicht schon, daß es bereits in erster Instanz die Absicht des Beklagten war,[1]) sein Leugnen aufzugeben und sich auf die Erhebung des Kompensationseinwandes zu beschränken, daß dies jedenfalls in der jetzigen Instanz der Fall ist. Denn der Beklagte würde sonst in Widerspruch mit sich selbst gerathen, wenn er einmal die Klagforderung bestritte und dann wieder eine liquide Gegenforderung verwendete, um sie fortzuschaffen. Es ist vielmehr nur anzunehmen, daß er den Klaganspruch an sich anerkennt und, um der Verurtheilung zu entgehen, gegen ihn aufrechnet.[2]) Daher war unter Aufhebung des erstinstanzlichen Urtheils, wie geschehen, zu erkennen.

Die Kosten des Verfahrens erster Instanz waren dem Kläger aufzuerlegen, da seine Abweisung durch das — von ihm nicht einmal angefochtene — erste Urtheil erfolgte, übrigens auch schon aus anderen, hier nicht weiter zu erörternden Gründen[3]) nach Ansicht des Berufungsgerichts hätte erfolgen müssen, und endlich auch durch das Verfahren zweiter Instanz als gerechtfertigt erscheint. Dagegen kann die geschehene Abänderung des ersten Urtheils nicht als „Erfolg" des Beklagten im Sinne der C.P.O. angesehen werden. Da es in seinem Belieben stand, den Eid zu leisten oder nicht, so war sein Interesse an einem neuen Urtheil ein rein theoretisches, das es nicht rechtfertigte, dem Kläger neue Kosten zu verursachen; zudem ist er durch das Berufungsurtheil insofern schlechter gestellt, als dieses definitiv seine Gegenforderung als getilgt ausspricht. Gemäß § 91 C.P.O. waren daher dem Beklagten die Kosten der Be-

[1]) Was durch Ausübung des richterlichen Fragerechts vielleicht hätte festgestellt werden können. (Anm. des Verfassers der Arbeit.)

[2]) Hier greift der Verf. zu demselben Auskunftsmittel, welches der Verf. der zweiten Arbeit anwenden will. Siehe Seite 290 Note 1.

[3]) Siehe oben A und B.

rufung, gemäß § 87 das. dem Kläger die der ersten Instanz aufzuerlegen.

Bemerkungen:

Ich glaube kaum hoffen zu dürfen, daß meine Lösung — Entwurf A — Beifall finden werde, obgleich sie mir immer noch als die annehmbarste der sich mir aufdrängenden erscheint.

Sie giebt zwar auf dem kürzesten Wege und unter Vermeidung von etwas so Ueberflüssigem und daher Falschem, wie es die Auferlegung des Eides (— noch dazu eines Eides —) war, eine Antwort auf die in dem Klagantrage enthaltene Frage, aber sie genügt nicht der Forderung, daß ein Urteil möglichst alle Zweifel, die im Prozesse zur Sprache kamen, so entscheide, daß für die Zukunft zu neuem Streit kein Anlaß vorliege. Denn sie spricht nur über den Anspruch der Klage sich aus, nicht über Recht und Gegenrecht. Schuldet der Beklagte aus dem Darlehn? Das erfährt keine der Parteien; und Beklagter muß seine Gegenforderung vielleicht später in einem neuen Rechtsstreite geltend machen, in welchem ihm Kläger mit seiner Gegenforderung aus dem Darlehn entgegentreten wird, über welches dann erst entschieden werden wird. Kläger ist nur „angebrachtermaßen" abgewiesen.[1]) Aber das ist die Schuld der Parteien. Kläger konnte in der Voraussicht, daß die kondemnatorische Klage nach Lage der Sache nicht zum Ziele führen werde, auf Feststellung des Rechtsverhältnisses selbst nach § 231 C.P.O. klagen (was zunächst zur Aussetzung des vorliegenden Prozesses geführt hätte); ohne Grund spricht ihm Urtheil C das rechtliche Interesse ab: er hätte einen neuen Prozeß vermeiden können. Auch konnte er den Kompensationseinwand dadurch beseitigen, daß er unter Vorbehalt Zahlung an den Beklagten leistete. Dieser hätte hingegen Widerklage erheben können, wenn ihm an der Entscheidung gelegen war. Aber in Wirklichkeit will wohl Beklagter, der keinen Rechtsbeistand hat, gar nicht den Klaganspruch leugnen. Nachdem der gegnerische Rechtsanwalt gesagt hatte: „Ich schiebe den Eid zu," antwortete er vielleicht schnell auf Befragen des Richters: „Ich nehme ihn an," um auszudrücken, daß er nicht zu zahlen brauche, und trug erst dann den Kompensationseinwand vor; oder er handelte,

[1]) Es besteht keine exceptio rei iudicatae gegen ihn. (Nicht zutreffende Anmerkung des Verf. der Arbeit. Von einer Abweisung „wie angebracht" ist keine Rede; der Kläger wird definitiv abgewiesen. Siehe oben Seite 82 ff.)

einer Art Eventualmaxime folgend, nach dem Grundsatze: „Es muß Alles bestritten werden!" und hielt das Leugnen neben dem Vorbringen einer Einrede für doppelt sicher. Schuld hat daher das Gericht, das sein Fragerecht nicht ausübte. War der Einwand aber wirklich „eventuell" gestellt, so hätte das Gericht den Eid durch Beweisbeschluß normiren sollen; über die Norm wären die Parteien einig gewesen, und hätte der Beklagte die Erheblichkeit geleugnet — aus keinem anderen Grunde doch wohl, als weil ja der Kompensationseinwand noch da sei, — so hätte er damit eben das Bestehen der Klagforderung anerkannt und sein Leugnen aufgegeben.

Ein Theilurtheil zu erlassen, ging nicht an, da an sich Forderung wie Gegenforderung — zumal letztere — zur Endentscheidung reif waren. Auch eine Trennung des Verfahrens nach § 136 C.P.O. empfahl sich nicht; denn eine eigentlich prozessuale Schwierigkeit lag für die Verhandlung nicht vor; und das Interesse der Parteien im oben dargelegten Sinne auf diesem Wege wahrzunehmen, hatte das Gericht nicht Veranlassung.[2])

Genügt meine Lösung dem Rechtsgefühl? Ich glaube es nicht, da dies nicht im Stande sein dürfte, so komplizirte Fragen zu bewältigen. Aber kann es selbst da, wo es reagirt, von entscheidender Bedeutung sein? — Ich meine, der Richter solle urtheilen auf Grund seiner Kenntniß der Gesetze, unter Anwendung der Logik, und endlich, wo dies nicht ausreicht, oder das Gesetz ihn ausdrücklich darauf verweist, nach eigenem Ermessen, also auch nach Rechtsgefühl. Der Gesetzgeber mag unter Berücksichtigung wirthschaftlicher, gesellschaftlicher, ethischer Momente die Gesetze schaffen; widerspricht ein auf Grund der letzteren erlassenes Urtheil dem Rechtsgefühl, so wird das eine Anklage gegen ihn sein, nicht gegen den Richter, der vielleicht mit innerem Widerstreben die Gesetze anwandte; wäre selbst das Rechtsgefühl verletzt, so brauchte das Urtheil noch nicht die Schuld zugeschoben erhalten.

(Folgt noch ein längerer Exkurs, der hier übergangen werden kann. Dann:)

Wenn ich allzusehr vom Thema abschweifte, noch dazu, um eine trotz aller Bemühungen immer noch abweichende Meinung vorzutragen, so bitte ich dies mit dem Interesse zu entschuldigen, das der

---

[2]) Das endgültige Berufungsurtheil (2) ist verkehrt, weil in den Tenor nicht Entscheidungsgründe gehören. (Anm. des Verf. der Arbeit.)

Gegenstand der vorigen Vorlesung in mir erweckte. Die dort behandelten Fragen gehören in Wahrheit zu denen, die man sich Abends nicht vorlegen sollte, da sie im Stande sind, auf Stunden den Schlaf fernzuhalten.[1])

4.

Votum

in Sachen Kisker w. Bode.

Der Klagforderung steht eine unstreitige liquide die Klagforderung konsumirende Gegenforderung gegenüber.

Bei dieser Sachlage wäre es chikanös vom Kläger, Zahlung wegen der Klagforderung zu verlangen. Er kann sich nicht besser bezahlt machen, als mit seinem eigenen Gelde. Gehe er doch hin zum Beklagten und erkläre er ihm: Bode, ich schulde Ihnen für den Meyer 100 M. Hier lege ich die 100 auf den Tisch. Sie, Bode, schulden mir aus dem Darlehn vom 5. April 94 gleichfalls 100 M. So, jetzt nehme ich mir die 100, die hier auf dem Tische liegen, und das Darlehn ist zurückgezahlt. Wir sind quitt.

Statt dessen verlangt Kläger Zahlung. Warum? Aus Chikane oder nur deshalb, weil Beklagter bestreitet, seinerseits 100 zu schulden und damit nicht einverstanden ist, daß Kläger die auf den Tisch gelegten 100 wieder zu sich steckt?

Vielleicht ist also der wahre Sinn des Klagbegehrens gar nicht Zahlung. Der Kläger will möglicher Weise nur reine Sache haben; es liegt ihm daran, den Widerstand des Beklagten gegen die ihm erklärte Aufrechnung zu beseitigen; Kläger will festgestellt wissen, daß die Gegenforderung durch Aufrechnung gegen die Klagforderung getilgt ist.

Es fragt sich zunächst, ob der Anstrengung der Feststellungsklage des § 231 C.P.O. etwas entgegenstehen würde? Hat Kläger ein rechtliches Interesse daran, daß das Rechtsverhältniß durch

[1]) Die Arbeit ist gleich der ersten unmittelbar nach Vertheilung des Druckblattes I von einem beim Rechtsanwalt beschäftigten Referendar geliefert. Sie hebt richtig das Ueberflüssige einer Eidesauflage hervor und erkennt richtig die Bedeutung eines das klägerische Forderungsrecht dahin gestellt sein lassenden, den Klaganspruch aber definitiv abweisenden Urtheils (vgl. S. 294 Note). Von Interesse ist auch die durch die Fassung des § 388 BGB. veranlaßte irrige Interpretation des Schlußsatzes jenes Paragraphen. Siehe oben Seite 140.

richterliche Entscheidung alsbald festgestellt werde? Diese Frage ist zu bejahen. Das Interesse des Klägers ist ein rechtliches, insofern das Verhalten des Beklagten den Rechtsfrieden des Klägers stört, und es muß ihm an alsbaldiger Feststellung liegen, da diese Störung eine bereits gegenwärtige ist.

Es entsteht die weitere Frage, ob eine Aenderung des Klagantrages in diesem Sinne eine Aenderung der Klage bedeuten würde, wozu Kläger ohne Einwilligung des Beklagten nicht berechtigt wäre. Diese Frage muß verneint werden.

Eine Aenderung des Klaggrundes würde nicht vorliegen; denn die Thatsachen, aus denen der Klaganspruch in dem einen wie in dem anderen Falle hergeleitet wird, sind Darlehnshingabe und Fälligkeit des Darlehns. Diese Thatsachen sind in Verbindung mit § 727 I. 11 A.L.R. geeignet, den Anspruch des Klägers auf Befriedigung, sei es im Wege der Zahlung oder der Kompensation, als begründet erscheinen zu lassen.

Ohne den Klaggrund zu ändern, würde also der Kläger mit der Feststellungs- gegenüber der Leistungsklage nur ein minus verlangen, der Klaganspruch würde in der Hauptsache beschränkt werden; es läge der Fall Nr. 2 des § 240 C.P.O., mithin nicht Klagänderung vor.

Auf Grund der durch § 130 a. a. O. dem Richter auferlegten Fragepflicht würde ich daher als Richter den Kläger fragen, ob er den gestellten Antrag sachgemäß modifizieren wolle.

Käme Kläger dieser Anregung nicht nach, so würde ich die Klage wegen Chikane abweisen.

Käme er ihr nach, so würde ich — vorausgesetzt, daß der Behauptungs- und Erklärungspflicht von beiden Seiten Genüge geschehen wäre — für den Beklagten folgenden Eid normiren:

Ich, 2c., schwöre 2c.: „Ich habe am 5. April 1894 vom Kläger 100 M. dargeliehen nicht erhalten.“ So wahr 2c.

Bei Einverständniß der Parteien über die Erheblichkeit und Norm des Eides würde ich gemäß § 426 C.P.O. die Leistung desselben durch Beweisbeschluß anordnen, andernfalls durch bedingtes Endurtheil gemäß § 425 a. a. O. darauf erkennen.

Im Schwörungsfalle würde ich die Klage abweisen und die Kosten des Rechtsstreits dem Kläger auferlegen.

Im Nichtschwörungsfalle würde ich den Beklagten verurtheilen,

anzuerkennen, daß diejenige Forderung von 100 M., welche ihm gegen den Kläger aus dem Verkaufe eines am 20. Juni 1895 gelieferten Exemplars der 6. Auflage des Meyerschen Konversationslexikons erwachsen ist, durch Aufrechnung mit der dem Kläger aus dem Darlehnsvertrage vom 5. April 1894 entstandenen Gegenforderung gegen den Beklagten in Höhe von 100 M. getilgt ist, und die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.[1])

5.

Urtheil:

Beklagter ist schuldig, folgenden Eid zu leisten: Ich schwöre ꝛc., am 5. April 1894 vom Kläger 100 M. dargeliehen nicht erhalten zu haben.

Im Fall der Leistung dieses Eides wird Kläger kostenfällig abgewiesen, im Fall der Nichtleistung ist Beklagter schuldig, 100 M. dem Kläger kostenfällig zu zahlen oder gegen die ihm zustehende unbestrittene Forderung zu kompensiren.

Gründe:

Kompensation ist im Grunde nichts anderes, als eine vereinfachte Art der Zahlung. Wenn also Beklagter eine Kompensationseinrede macht, so ist das nichts Anderes, als das Angebot, zahlen zu wollen. Es wäre demnach hier der ganze Prozeß erledigt, wenn das Kompensationsangebot ohne Vorbehalt ausgesprochen wäre. In Wahrheit erbietet sich aber Beklagter, nur dann kompensiren zu wollen, wenn der Kläger seinen Anspruch als begründet erweist. Das Letztere muß also zunächst festgestellt werden, und zwar kann das hier nur durch Eidesleistung geschehen.

Wollte man aber den Kläger ohne Auferlegung des Eides abweisen, so hieße das, ihn abweisen, weil Beklagter sich bereit erklärt, ihm zu zahlen, wenn er sein Recht beweist. Das B.G.B. erklärt

---

[1]) Die Arbeit ist von einem Referendar nach der zweiten Vorlesung eingereicht; in welchem Stadium der Ausbildung er sich befindet, erhellt nicht. Ebenso wie die erste Arbeit trifft sie richtig die maßgebenden Gesichtspunkte, erkennt aber, anders wie die erste Arbeit, zugleich den Ausweg der Klagänderung, nur nicht nach Maßgabe der Nr. 3, sondern der Nr. 2 des § 240 CPO., was ein der Beachtung werther Gedanke ist (vgl. S. 121). Von besonderem Interesse erscheint der Umstand, daß der Verfasser der Arbeit das Sonderbare in der Gestaltung des Rechtsstreites durchfühlt. Vergleiche oben Seite 241 ff.

im Gegensatz zum A.L.R. eine bedingte Kompensation überhaupt für ungültig. Danach fiele die Kompensationseinrede von vornherein schon aus dem Thatbestande heraus, und es bliebe nur zu entscheiden, ob Beklagter das Darlehn erhielt oder nicht. Erhielt er es nicht, so muß Kläger kostenfällig abgewiesen werden, erhielt er es aber, so muß Beklagter es zurückgeben, sei es durch Zahlung, sei es durch Kompensation. Als unterliegender Theil trägt dann der Beklagte natürlich auch die Kosten.[1])

6.

Der Kläger klagt mit der condictio ex mutuo auf Rückzahlung eines angeblich von ihm dem Beklagten am 5. April 1894 gegebenen, am 1. Januar vertragsmäßig zurückzahlbaren Darlehns von 100 M. Nach diesen Behauptungen des Klägers ist die Klage an sich begründet. Da der Beklagte die Klagthatsachen bestreitet, so würde sie der Kläger an und für sich beweisen müssen. — Nun macht aber Beklagter eine Gegenforderung in gleicher Höhe wie die Klagforderung aus einem dem Kläger am 20. Juni 1895 verkauften Konversationslexikon compensando geltend. Diese — nach ihrem Inhalt gleichfalls „an sich" begründete — Einrede ist in ihrer thatsächlichen und rechtlichen Grundlage vom Kläger zugestanden, bedarf daher keines Beweises. — Sie ist ihrer Natur nach lediglich eine eventuelle Einrede, wenngleich dies in dem ersten Thatbestand nicht zum Ausdruck kommt. Denn, da Beklagter die Klagbehauptungen bestreitet, so kann die von ihm ohne weiteren Zusatz compensando vorgeschobene Gegenforderung nur den Charakter einer Eventualaufrechnung haben, da eine unbedingte Aufrechnungserklärung die Anerkennung der Klagforderung nothwendig in sich schließt.

Aus dieser Sachlage ergiebt sich weiter, daß Kläger unter keiner Bedingung vom Beklagten die Zahlung der eingeklagten 100 M. verlangen kann.

War nämlich die Klagforderung nicht entstanden, so fällt der

---

[1]) Der Verfasser der im Anfange des Semesters eingereichten Arbeit ist ein Studiosus des fünften Semesters, welcher bemerkt, daß er die CPO. noch nicht kenne. Auch diese Arbeit beruht, wie die dritte, auf dem durch die Fassung des § 388 BGB. veranlaßten Mißverständniß, daß die Eventualaufrechnung künftig verboten sein solle, und sie statuirt eine actio compensationis im Sinne Dernburgs. Siehe oben Seite 140. 170 ff.

Klaganspruch in sich zusammen; ist jedoch die Klagforderung zur Existenz gelangt, so wird sie durch die Aufrechnung mit der unstreitigen Gegenforderung, gegen die sich Kläger nicht schützen kann, vernichtet. — Die Wirkung dieser Vernichtung wird zurückbezogen auf den Zeitpunkt, in dem die beiden Forderungen zuerst aufrechnungsfähig einander gegenüberstanden (§§ 301, 361 I. 16 A.L.R.). Danach wäre — wenn sie bestanden hätte — die Klagforderung bereits am 10. Januar 1895 getilgt, mithin der Klaganspruch auch nicht zur Zeit der Erhebung der Klage geschweige denn zur Zeit der Urtheilsverkündung begründet gewesen. — Hiernach steht fest, daß es zur kostenfälligen Abweisung der auf Zahlung von 100 M. gerichteten Klage unter allen Umständen kommen muß. —

Trotzdem kann die Frage aufgeworfen werden, ob nicht doch zunächst über die Existenz der Hauptforderung der durch Eideszuschiebung angetretene Beweis zu erheben bezw. der zugeschobene Eid zum Erkenntniß zu stellen, und dann mit gleichem Resultat, aber je nach der Leistung oder Nichtleistung des Eides verschiedener Begründung zu erkennen sei.

Diese Frage ist m. E. unbedingt zu verneinen. —

Sie stützt sich vornehmlich auf zwei Gründe:

1. Auf den Charakter der einredeweise geltend gemachten Eventualaufrechnung.
2. Auf die Folgen eines rechtskräftigen Urtheils, in dem, ohne die Existenz der Hauptforderung zu entscheiden, wegen der nur eventuell vorgeschützten Aufrechnung Klagabweisung erfolgt ist.

Zu 1 wird ausgeführt:

Aus der eventuellen Natur der Kompensationseinrede folge, daß sie nur für den Fall des vom Kläger geführten Beweises der Existenz seiner Klagforderung überhaupt am Prozeß theilnehme. Sie sei auch, eben weil es sich um „Aufrechnung" handle, in einem ganz anderen Sinne nur eventueller Natur, wie jede andere Einrede. Denn nicht die bloße Existenz einer Gegenforderung, sondern nur die vollzogene Aufrechnung könne wirklich zur Tilgung der Klagforderung, mithin zur Klagabweisung führen. Zur Aufrechnung mit der Klagforderung aber könne es nur kommen, wenn diese selbst bestehe. Daher müsse deren Ent- und Bestehen erst nachgewiesen werden. So lange dies nicht festgestellt sei, sei der Rechtsstreit zur Endentscheidung noch nicht reif, eine Klagabweisung, die lediglich

auf das Vorhandensein der Gegenforderung gegründet sei, könne vorher nicht erfolgen.

Zu 2 wird ausgeführt:

Durch ein ohne Rücksicht auf das Bestehen oder Nichtbestehen der Klagforderung erlassenes rechtskräftiges Urtheil werde neuen Prozessen der Weg gebahnt, weil das Rechtsverhältniß zwischen den Parteien völlig ungelöst gelassen werde. Kläger habe aber ein „Recht darauf“, auf Grund seiner Klage „reine Sache zu bekommen.“

Zu vorstehenden Ausführungen ist — unter Bezugnahme auf unseren Fall — zu bemerken:

Die Aufrechnung stellt sich nach der Willensmeinung des Aufrechnenden dar als ein Verzicht auf die eigene Forderung gegenüber dem Verzicht des Gegners auf die Klagforderung. Wird dieser Verzicht an die Existenz der Gegenforderung geknüpft, so ist er ein bedingter und zwar ein suspensiv bedingter Verzicht: Eventualaufrechnung.

Die materielle Folge dieser Eventualaufrechnung ist die Tilgung der Gegenforderung, ihre prozessuale Form die der Einrede. Diese Einrede ist unbedingt, sie ist nichts weiter als ein eventueller Klagabweisungsgrund: aus dem der Richter nur den einen Schluß der Klagabweisung ziehen, über den er aber, wie über die anderen etwaigen Klagabweisungsgründe — nachdem sie einmal Theil des Prozeßstoffes geworden sind — frei disponiren kann. Insofern ist die Einrede der Eventualaufrechnung im Prozeß nicht anders zu behandeln, wie jede andere Einrede.

Ist daher im Prozeß die Einrede der Eventualaufrechnung dem bestrittenen Klaganspruch entgegen gewesen, so kann der Kläger, der die Grundlage dieser Einrede, die Gegenforderung, anerkennt, nicht mehr Zahlung der gleich hohen Klagforderung verlangen. Er handelt geradezu dolos, wenn er es trotzdem thut.

Steht nun aber fest, daß des Klägers Klagbegehren — aus welchem Grunde auch immer — abgewiesen werden muß: so ist der Rechtsstreit über die verfehlte Klagbitte zur Endentscheidung reif. Dann aber verlangt das Gesetz (§ 272 C.P.O.) die Beendigung des Rechtsstreits durch Endurtheil. Dieses Endurtheil darf hier auch nicht etwa ein „bedingtes Endurtheil“ sein. Wenn auch an und für sich unter dem Begriffe „Endurtheil“ in § 272 auch das

„bedingte Endurtheil“ verstanden wird, so folgt doch aus der Natur dieses Paragraphen, daß ein bedingtes Endurtheil dann ausgeschlossen sein muß, wenn ohne weitere Beweisaufnahme unmittelbar durch (unbedingtes) Endurtheil der Rechtsstreit entschieden werden kann. In der Konkurrenz zwischen bedingtem und unbedingtem Endurtheil siegt im Falle des § 272 C.P.O. immer das letztere.

Außerdem ist hier ein bedingtes Endurtheil schon deshalb unmöglich, weil die Entscheidung von vornherein feststeht.

Ein bedingtes Endurtheil, welches an die Leistung und Nichtleistung des Eides die gleichen Folgen knüpft, ist überhaupt kein bedingtes Endurtheil, daher juristisch unmöglich. Es hat daher ein unbedingtes Endurtheil zu ergehen.

Ob durch dieses Urtheil das Rechtsverhältniß zwischen den Parteien gelöst wird oder nicht, ist gleichgültig. Der Kläger hat einen prozessualen Anspruch nur auf eine Beantwortung seiner Klagbitte, nicht auf die Wahl bestimmter die Klage beseitigender oder sie abweisender Gründe, soweit letztere der Rechtskraft nicht fähig sind. Will er die zwischen ihm und dem Beklagten etwa bestehenden Rechtsverhältnisse durch Richterspruch feststellen und entwirren lassen, so muß er seine Klagbitte danach formuliren, d. h. — wenn er Leistung nicht mehr zu fordern hat — auf Feststellung klagen. Auf diese Klagbitte wird ihm die Antwort werden, durch sie wird er „reine Sache bekommen“.

Wurde daher im vorliegenden Falle dem Kläger durch den Einwand der Eventualaufrechnung jede Aussicht auf Durchführung seines Leistungsanspruches genommen, so mußte er, um sich vor dem gegnerischen Leistungsanspruch in futuro zu schützen, seine Leistungsklage in eine Feststellungsklage umwandeln. Er mußte — ohne den Einwand der Klagänderung gewärtigen zu müssen (§ 240³ C.P.O.) — auf Feststellung seines Forderungsrechtes klagen. Dieser Klage konnte dann Beklagter durch eine auf Bezahlung seiner Gegenforderung gerichtete Widerklage begegnen. Dann aber hatte Kläger replizirend das Entstehen seines Klaganspruches zu beweisen. Durch ein derartiges sachgemäßes Vorgehen wären die zwischen den Parteien streitigen Rechtsverhältnisse uno actu zu entwirren gewesen.

Kläger hat im vorliegenden Prozeß an seiner Klagbitte festgehalten, obwohl sie durch den Einwand des Beklagten, selbst wenn

ihr Rechtsgrund bestand, entkräftet war. Der Richter hat sich an die Klagbitte zu halten: sie geht hier auf Leistung, Leistung kann Kläger nicht verlangen, die Klage muß daher kostenfällig abgewiesen werden.

In den Gründen wäre zu sagen, daß es dahin gestellt bleiben könne, ob der Klaganspruch bestanden hätte, da der Anspruch auf Leistung als Ausfluß eines etwaigen Forderungsrechtes durch die Aufrechnung mit der unstreitigen Gegenforderung jedenfalls vernichtet sein würde. Bei dieser Sachlage sei, da die Klagabweisung unter allen Umständen feststehe, der Rechtsstreit zur Endentscheidung reif. Eine Beweiserhebung über die Klagforderung bezw. ein bedingtes Endurtheil zur Herbeiführung des bereits unbedingt feststehenden Ausgangs des Prozesses dürfe daher nicht erfolgen, es müsse vielmehr nach § 272 C.P.O. auf Klagabweisung erkannt und dem Kläger nach § 87 C.P.O. die Kostenlast auferlegt werden. Gegen dieses Urtheil würde dem Kläger die Berufung zustehen. Wird es rechtskräftig, so kann der Beklagte nun seine früher zur Kompensation gestellte Forderung gegen den Kläger einklagen. Gegen diesen Anspruch könnte der jetzt beklagte Kläger mit seiner ursprünglichen Klagforderung aufrechnen, ohne daß der früher Beklagte, jetzige Kläger, die replica rei iudicatae hätte, weil dann seinem Gegner in dem ersten Prozeß die Klagforderung nicht rechtskräftig aberkannt ist. So würde dann über die Existenz der Klagforderung erst in einem zweiten Prozeß entschieden werden. Wie anders, wenn Kläger — wie auf voriger Seite angegeben — richtig verfährt! —

Die hier bezüglich der Entscheidung unseres Prozesses vertretene Ansicht gelangt in keiner der mitgetheilten Urtheile bezw. Urtheilsentwürfe zu klarem Ausdruck.

Der Entwurf 1 [1]) scheint allerdings die hier geäußerte Auffassung gleichfalls zu vertreten. Er gelangt zu demselben Resultat, wie der Verfasser dieser Arbeit und hat den einzigen unanfechtbaren Urtheilstenor vorgeschlagen.

Der Tenor des amtsgerichtlichen Erkenntnisses 2 [2]) verstößt gegen die auf voriger Seite aufgestellten Regeln, er giebt in der Form des bedingten Endurtheils eine unbedingte Entscheidung.

---

[1]) Vergl. Seite 253. — [2]) Vergl. Seite 254.

In der höheren Instanz verschlechtert sich der Urtheilstenor noch mehr.

In dem Urtheil des Landgerichts enthält der gleichfalls in die verfehlte Form eines unbedingten bedingten Endurtheils gebrachte Tenor schon die Gründe, aus denen in dem Falle der Leistung wie der Nichtleistung des Eides die Klage abgewiesen werden soll. Auch dies ist durchaus unzulässig. Nach § 284 Abs. 5 C.P.O. ist die Urtheilsformel von der Darstellung des Thatbestandes und der Entscheidungsgründe äußerlich zu sondern. Von dieser Regel ist eine Ausnahme, da sie vom Gesetz nicht vorgesehen ist, auch nicht gestattet. Nun meint allerdings Oberlandesgerichtsrath H. Meyer, der in seiner Anleitung zur Prozeßpraxis (III. Aufl. S. 169) und neuerdings im Archiv für die civilistische Praxis (Bd. 85: „Ist auf die Klage einzugehen, wenn eine in Höhe der Klagforderung zur Kompensation gestellte Gegenforderung begründet und liquide ist?") unsere von ihm, wie oben zitirt, formulirte Frage, durch dasselbe Urtheil wie im vorliegenden Falle das Landgericht beantwortet, die Vorschrift des § 284⁵ a. a. O. sei lediglich eine Redaktionsvorschrift für die Fassung des Urtheils. Daher sei die zu überwindende Schwierigkeit rein formaler Natur und der Richter durch sie nicht gehindert, „ausnahmsweise etwas in die Formel aufzunehmen, was man in einem anderen Falle, da man nicht genöthigt ist, verschiedene Folgen der Eidesleistung bezw. Nichtleistung auszusprechen, in die Gründe aufgenommen haben würde[1])." Aus ähnlichen Gründen könnte man sich m. E. von der Beobachtung der C.P.O. überhaupt dispensiren. Denn deren Zweck ist in der Hauptsache ein ausschließlich formaler. Sie giebt die Formen an, in denen das aus seiner Ruhe aufgestörte, in Bewegung gerathene Recht (ius in actione) sich Geltung verschaffen, sein materielles Gleichgewicht wieder erlangen kann. Daher der Name: Civilprozeß o r d n u n g. Wenn man diese Ordnung beliebig durchbrechen kann, so hört sie auf, Ordnung zu sein. So wenig die Außerachtlassung an sich giltiger polizeilicher Vorschriften gestattet ist, weil sie vielleicht im gegebenen Falle unzweckmäßig erscheinen, so wenig kann man sich über die Formalvorschriften der Prozeßordnung, wofern sie zwingender Art sind, nach Belieben hinwegsetzen.

---

[1]) Arch. f. civ. Praxis Bd. 85 S. 153.

In keinem der auf Druckblatt I wiedergegebenen Urtheile findet sich eine Bemerkung darüber, daß § 729 I. 11 A.L.R. augenscheinlich nicht beobachtet: dies aber, da die Parteien Kaufleute, nach Art. 274 H.G.B. belanglos ist. Da nach der vom Verf. vertretenen Ansicht § 272 C.P.O. die sofortige Beendigung des Prozesses durch Endurtheil fordert, so ist die Anwendung des § 136 Abs. 2 ebendas. allerdings ausgeschlossen; vom Standpunkte der gegentheiligen Auffassung wäre die Anwendung des § 136 vielleicht aber zu erwägen, jedoch, da die Gegenforderung liquid ist, zu verneinen gewesen.[1])

[1]) Die Arbeit ist von einem beim Amtsgericht beschäftigten Referendar verfaßt und gegen den Schluß des Semesters eingereicht.

Verbesserungen.

Seite 1 Z. 5 v. u. ist zu lesen „Mißlingens" statt Mißlingen.
„ 88 Z. 15 v. o. ist vor „ihre" einzuschalten „kundgegeben hat,".
„ 218 bei Z. 6 v. u. als Note 5 zuzusetzen: Vergl. R.G.Entsch. Bd. 6 S. 431; Bd. 7 S. 421; Bd. 20 S. 395. Zeitschr. für D. Civilprozeß Bd. 12 S. 371 ff.

Sachregister.

(Die Zitate beziehen sich auf die Seitenzahlen.)

A.

B.

F.

Wilhelm Gronau's Buchdruckerei in Berlin W.-Schöneberg.

Wilhelm Gronau's Buchdruckerei, Berlin W.-Schöneberg.

Kruis

Stölzel, Adolf,

Schulung für die zivilistische Praxis

Bd.: 2

1897